

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2014/177

Karar Sayısı : 2015/49

Karar Tarihi : 14.5.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Levent GÖK ile birlikte 117 milletvekili

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

1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin,

2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin,

3- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin,

4- 20. maddesinin,

5- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin,

6- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan "...ve vekaletname ibrazı..." ibaresinin,

7- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların,

8- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez." ibaresinin,

9- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin,

10- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...dava açmamarı, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin,

11- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...dava açmamarı, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin,

12- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin,

13- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere..." ve "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ibarelerinin,

14- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın,

15- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin,

16- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın,

17- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçiçi 9. maddenin birinci cümlesinin,

18- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin,

19- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümleinin,

20- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın,

21- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresinin "taşınmaz" şeklinde değiştirilmesinin,

22- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresinin "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştirilmesinin,

23- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "ve Barbaros Mahallesinin" ibaresinin,

24- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında..." ve "...Bakanlıkça belirlenecek..." ibarelerinin,

b- Dördüncü cümlesinin,

c- Beşinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve..." ibaresinin,

d- Altıncı ve yedinci cümlelerinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1) 6552 Sayılı Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin;

a) Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hiçbir tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta kurallaştırılmış; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da bu Anayasal kural çerçevesinde düzenlenmiştir.

Nitekim 657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasal kuralın uzantısı olarak, "Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." denilmiştir.

Ancak, 1980'lerle başlayan ekonominin kuralsızlaştırılması ve kamu hizmetlerinin piyasalaştırılması sürecine, kamu hizmeti üretme süreçlerinin de eklenmesiyle, kamu hizmetlerine ilişkin Anayasal kurallar çiğnenmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, 657 sayılı Kanunun "Tesis edilen sınıflar" başlıklı 36 nci maddesinin "VIII Yardımcı Hizmetler Sınıfı" bölümüne 28.3.1988 tarihli ve 318 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür." hükmü; "III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri" bölümüne ise 10.7.2003 tarihli ve 4924 tarihli Kanunun 11. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." hükmü eklenerek, kamu hizmeti üretim sürecindeki piyasalaştırma, temizlik hizmetlerinden başlamış, devamında ise hastane hizmetlerinin taşeronlaştırılmasına uzanmıştır. Devamında yapılan düzenlemelerle Yardımcı Hizmetler sınıfının görev alanına giren tüm hizmetler

piyasalaştırılmanın yanında; 5393 sayılı Belediye Kanununun 67. maddesindeki "Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir." düzenlemesiyle, (aynı kurallar 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 50. maddesinde de yer almaktadır) taşeronlaştırma belediyelerin zabıta hizmetlerinden ifaiye hizmetlerine kadar uzanmıştır.

Yürürlükte olan mevzuata göre, Yardımcı Hizmetler Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetler; Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken tedavi hizmetleri; belediye ve il özel idarelerinin diğerleri yanında kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri, sağlıkla ilgili destek hizmetleri, sosyal tesislerin işletilmesi vb. hizmetler ihale ile özel sektör firmalarınca yürütülüyorken; iptali istenen kuralla öngörülen yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin bunları aşan bir mahiyette oldukları ve kamu idarelerinin farklı asli görevleri dikkate alındığında kamu idarelerinin bütünlüğünde tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanlarını ve hizmet birimlerini kapsayacağı açıktır.

Anayasanın 128. maddesindeki kurallaştırmada öncelik kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiştir. Başka bir anlatımla günümüzün modern devletlerinde tek bir birey veya grupların ya da sosyal katmanların değil, Devletin egemenliği altında bulunan herkesin güvenliği ile refahını ilgilendiren müşterek/ortak işler ya da meseleler, bu anlamda "kamu görevi/hizmeti" olarak nitelendirilen görevler/hizmetler vardır. Devletin varlık nedeni ve meşruiyet kaynağı olan ve toplumun tamamını ilgilendiren bu görev ve hizmetleri, tek tek kişilere ait işlerden veya bireyler arası ilişkilerden farklı ve üstün konumda gören Anayasa koyucu, bunların görülmesini piyasa koşulları ve sözleşme ilişkilerinden ayırık tutarak bu hizmetlerin, nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenen memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini öngörmüştür.

Kaldı ki herkesi ilgilendiren kamu görevlerini, kişileri ilgilendiren özel işlerden farklı ve üstün konumda görme, Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatar. Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu "genel irade"; yürütme gücü açısından ise "genel çıkar"lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzlem ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzlem, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failler olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir. Tarihsel olarak Roma Cumhuriyetinde kamu görevi/hizmeti olarak nitelendirilen ortak işleri görmek üzere tayin edilen kişilere "magistratus" deniyordu ve bunlar kamusal otoriteyle yani halkın bütününe ilgilendiren meseleleri kapsayan bir otoriteyle donanmış bulunuyordu.

Cumhuriyet rejiminin kuramsal tanımı ile siyasal içerim ve içeriğinde bir değişiklik olmadığı ve Anayasanın 1. maddesindeki Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu kabulü ile 128. maddesindeki kamu görevi ve görevlilerine ilişkin açık kurallar değişmeyerek varlığını koruduğu halde, neo-liberalizmin hegomanik bir ideoloji haline gelmesinin etkisiyle siyasal rejime ilişkin Anayasal kuralların ideolojik bir yoruma tabi tutularak, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılmasını öngören ve böylece tüm toplumu ilgilendiren ortak işlerin/kamu görevlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu görevlileri yerine, ihale ile piyasa koşulları ve özel hukuk sözleşme ilişkileri temelinde taşeron işçilerine görülmesine olanak sağlayan düzenleme, Anayasanın 128. maddelerine açık ve tartışmasız bir şekilde aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 128. maddesine göre kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görececek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş; (A) bendinde memur, "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır." şeklinde tanımlanmış; (B) bendinde ise kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşmeli personel çalıştırılması öngörülmüştür.

Oysa iptali istenen düzenlemede, personelin hem yeterli sayıda olmaması, hem de yeterli nitelikte olmaması hâllerinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, kamu idarelerinin (Yardımcı Hizmetler Sınıfı ile Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı yanında farklı asli görevleri bağlamında tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanları ve hizmet birimlerini kapsayan) yardımcı işlere ilişkin hizmetleri için personel alımı ihalesine çıkılabilecek; ancak ihaleye çıkabilmek için yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek yeterli sayı ve nitelikte personel olmayacaktır.

Yeterli sayı bir kadro sorunudur ve kamu idarelerinin norm kadrolarının hazırlanması yasal bir zorunluluk ve yasal zorunluluğun gereği olarak da hazırlanmışken; yetersizliğinden söz edilerek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek personel sayısının yetersizliğinin ihale nedeni sayılmasının hukuksal geçerliliği olamaz. Çünkü bu durum ancak yasakoyucunun kamu idarelerine norm kadronun gerektirdiği kadroları tahsis etmemesi ya da tahsis etmesine rağmen kamu idarelerinin tahsis edilen boş kadrolara mevzuatın öngördüğü şekilde atama yapmaması nedeniyle gerçekleşebilir ki bu durum yani yürütme organı ile idarenin eylemsizliğini eylemlerine gerekçe yapması kendi içinde bir totolojidir ve bu totoloji eylemlerinden sorumsuz yürütme ve idare yaratmaktadır.

Öte yandan, yasa koyucu kamu idarelerinin Öte yardımcı işlerine ilişkin hizmetlerde yeterli sayı yanında yeterli nitelik yani özel bir meslek bilgisi veya uzmanlık da aramaktadır.

Nitelige ilişkin özel meslek bilgisi veya uzmanlık gerektiren işlerin sözleşmeli personel eliyle görülmesi gerekeceği bir yana bu düzenlemelerde açık bir çelişki ve belirsizlik vardır.

Önce belirsizliği ortaya koymaya çalışalım ve Anayasa Mahkemesi örneğinden yola çıkalım:

Anayasa Mahkemesinin, devletin idari değil, yargı fonksiyonunu yerine getiren yargı organı olduğu ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kapsamında olmadığı ileri sürülebilirse de mahkemelerin idari işlerine ve dolayısıyla idari personeline ilişkin işlemleri yargısal değil, idari nitelikte olduğundan çarpıcı ve daha kolay anlaşılır olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi örneği verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kuruluş gerekçesi veya asli görevi (misyonu); (i) kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemek; (ii) Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetlemek ve (iii) bireysel başvuruları karara bağlamaktır. Anayasa Mahkemesi bu asli yargı görevini ya da yargısal fonksiyonunu Genel Kurul, 1. Bölüm ve 2. Bölümde görevli yüksek yargıçlar olan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerle yerine getirmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerine ilişkin karar verme yetkisi bulunan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini/yargı fonksiyonunu yerine getiren kamu görevlileri olduklarında şüphe yoktur. Ancak, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini yerine getirebilmesi için bunlar dışında kendilerine verilen dosyaların ilk ve esas inceleme raporlarını, karar taslaklarını ve diğer işlemlerini hazırlamak görevi bulunan Genel Kurul Raportörleri ile bireysel başvuruların kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlayan Bireysel Başvuru Raportörleri görev yapmaktadır. Karar verme yetkisi bulunmayan ve fakat yargısal görev yürüten raportörlerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördüğü, iptali istenen düzenlemeye göre belirsizdir. Bunları da asli görevleri yürüten kamu görevlisi sayarsak dahi Anayasa Mahkemesi idari teşkilatında Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve bunlara bağlı görev yapan Yazı İşleri Müdürlüğü, Personel Müdürlüğü, Doktorluk, Dış İlişkiler Müdürlüğü, Teknik Hizmetler Müdürlüğü, İdari ve Mali İşler Müdürlüğü gibi tüm kamu idarelerinde aynı veya benzer görevleri yürüten müdürlükler ve bu müdürlüklerde görevli kamu görevlileri vardır. Bunlardan örneğin Doktorluk da görev yapan doktor veya hemşirelerin ya da Personel Müdürlüğünde görev yapan şefin, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan satınalma memurunun veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan teknikerin yargısal bir görevi olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesine ilişkin asli görevleri mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördükleri, iptali istenen düzenleme bağlamında belirsizdir. Ancak, iptali istenen düzenlemenin yorumuna göre, raportörlerin, Doktorluk da görev yapan ve Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen doktorların, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan ve Genel İdare Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen satınalma memurlarının, veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan ve Teknik Hizmetler Sınıfında istihdam edilen teknikerlerin sayılarının az bulunması veya niteliklerinin yetersiz değerlendirilmesi gerekçeleriyle (bu görevler norm kadroya bağlanmışken, kadro şartı da aranmaksızın) ihaleyle bu görevlerde personel istihdam edilebilecek veya edilemeyecektir. Buradaki belirsizlik açıktır ve bu belirsizlik devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren Anayasa Mahkemesi için değil, hem istihdam edilen hizmet sınıfları, hem kadro/görev unvanları ve hem de çalışılan hizmet birimleri açısından tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Çelişki ise şuradadır: Yasa koyucu bir yandan yardımcı hizmetlere ilişkin görevlerde ihaleyi öngörürken, diğer yandan yardımcı işlerde istihdam edilen personelin

“yeterli nitelik” de bulunmamasını da ihale ile personel istihdamının gerekçesi yapmıştır. Oysa yardımcı hizmetler ile “nitelik” arasında ters yönlü bir ilişki vardır. Anayasa Mahkemesi İdari Mali İşler Müdürlüğünde görevli “hizmetli” veya “mübaşir” yardımcı hizmetlerden ise hukuksal olarak bu görevlerde “yeterli nitelik” aranmaz. Çünkü, kural olarak özel meslek bilgisi veya uzmanlığa dayanmayan, herkesin yapabileceği vasıfsız işlerde nitelik olamayacağından vasıfsız işleri yürütenlerin niteliğinin yeterliliği veya yetersizliğinden söz edilemez. Dolayısıyla yardımcı hizmetlerde yeterli nitelik aranması açık bir çelişkidir. Anayasa Mahkemesinde ancak raportörlük, genel sekreterlik, müdürlük, şeflik gibi görevler için yeterli nitelik aranabilir ki yeterli sayılmanın veya sayılmamanın şartları bu görevlere atanmaya ve görevden almaya ilişkin mevzuatında kurallandırılmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü veya Genel Sekreterliği ya da İdari Mali İşler Müdürlüğü ya da Personel Müdürlüğü şefliği veyahut da satınalma memurluğu görevleri yardımcı işlerden sayılıyor ise, nitelik aranan bu görevlere nasıl ve ne şekilde atanacağı ve görevlerinden nasıl alınacağı mevzuatında da kurallandırılmışken, nitelik aranan bu görevlerin yardımcı işlerden sayılacak olması başka bir açık çelişkidir. Bu çelişki sadece Anayasa Mahkemesi için değil, tek tek asli görevleri dikkate alındığında hem istihdam edilen hizmet sınıfı, hem kadro/görev unvanı, hem de çalışılan hizmet birimleri bağlamında tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasa koyucunun üstünde Anayasa ve hukukun üstün kurallarının bulunduğu bilincinde olan yargı denetimine açık devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri “belirlilik”tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle bağlantılı olup kişinin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne tür müdahale yetkisini verdiğini bilmesini gerektirir. 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.

Yukarıda açıklandığı üzere idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceğine ilişkin düzenleme; kendi içinde hukuksal bir totoloji olduğu, hukuksal çelişki içerdiği ve hukuksal belirsizlik taşıdığı için Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt bendinin ikinci

cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen ve dolayısıyla istihdam edilmelerinin temelinde yasama faaliyeti (kanun) yatan personelin yürüttüğü yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini yani kamu hizmetlerinin hangi kısımlarının kamu idarelerinin görevlerine ilişkin asli hizmetler, hangi kısımlarının ise yardımcı işlere ilişkin hizmetler olduğunu; yasama organı yasayla değil, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu idari işlemle belirleyecek; Bakanlar Kurulu bu belirlemeyi idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak idareler itibarıyla ayrı ayrı yapabileceği gibi tümünü kapsar şekilde birlikte de yapabilecektir.

Oysa Bakanlar Kurulunun yapacağı belirlemenin yasa konusu olması bir yana, kamu hizmetleri niteliği ve içeriği itibarıyla birbirini tamamlayan bir bütündür.

Nitekim, kamu idarelerinden bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarına ilişkin temel yasal düzenleme olan 27.9.1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında bakanlıkların kurulmasında zorunlu esaslar;

“a) İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Teşkilatlanmada görev ve yetkilerin tespitinde bu bütünlük bozulamaz.

b) Bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarında etkili bir idare, iş bölümü, kontrol ve koordinasyonun sağlanması esastır.

c) Aynı ve benzer hizmet veya görevlerin tek bir bakanlık tarafından veya sorumluluğunda yürütülmesi, atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi esastır.”

şeklinde sıralanmış;

6. maddesinde bakanlık merkez teşkilatının;

“a) Bakanlıkların hizmet ve görev alanlarına giren faaliyetlerini yürüten anahizmet birimleri,

b) Bakana ve anahizmet birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşlara istişari mahiyette yardımcı olan teknik, idari, hukuki ve mali konularda faaliyette bulunan danışma ve denetim birimleri,

c) Yukarıdaki birimlere yardımcı olan ve her bakanlıkta zorunlu olarak yürütülmesi gereken idari, mali, güvenlik ve sivil savunma gibi hizmetleri yerine getirmekle görevli yardımcı birimler.”den oluşacağı belirtilmiş; bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kuruluş, görev ve teşkilat kanunları da bu temel ilkelere dayandırılmıştır.

Örneğin; 3.6.2011 tarihli ve 639 sayılı KHK'nin 2. maddesine göre Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının görevleri, “bitkisel ve hayvansal üretim ile su ürünleri

üretimini geliştirilmesi, tarım sektörünün geliştirilmesine ve tarım politikalarının oluşturulmasına yönelik araştırmalar yapılması, gıda üretimi, güvenliği ve güvenilirliği, kırsal kalkınma, toprak, su kaynakları ve biyoçeşitliliğin korunması, verimli kullanılmasının sağlanması, çiftçinin örgütlenmesi ve bilinçlendirilmesi, tarımsal desteklemelerin etkin bir şekilde yönetilmesi, tarımsal piyasaların düzenlenmesi gibi ana faaliyet konularının gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak; gıda, tarım ve hayvancılığa yönelik genel politikaları belirlemek, uygulanmasını izlemek ve denetlemek” iken; 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Kanununun 4. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğü'nün otoyollar ile devlet ve il yolları ağına giren karayollarına ilişkin görevleri (a)'dan (o)'ya onsekiz bent halinde sıralanmıştır.

639 sayılı KHK'nin 6. maddesinde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının hizmet birimleri (teşkilatı), ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimleri ayırımına gidilmeksizin düzenlenirken; 6001 sayılı Kanununun 7. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğü'nün hizmet birimleri (teşkilatı) ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimlerine dayalı olarak sıralanmıştır.

Teşkilat yapısının (hizmet birimleri) sıralamasında ana hizmet birimi-danışma ve denetim birimi-yardımcı hizmet birimi sıralaması yapılınsın ya da yapılmasını kamu idarelerinin asli faaliyet ve görev alanları ana hizmet birimleri arasında; teftiş kurulu/denetim birimi başkanlığı, strateji geliştirme başkanlığı, hukuk müşavirliği, basın müşavirliği vb. danışma ve denetim birimleri arasında; insan kaynakları/personel dairesi başkanlığı, destek hizmetleri/idari mali işler daire başkanlığı, bilgi teknolojileri daire başkanlığı, eğitim-yayın daire başkanlığı vb. ise yardımcı hizmet birimleri arasında yer almaktadır.

Kamu idarelerinin asli görev ve faaliyet alanları (ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler) asli hizmetlerden; danışma ve denetim birimleri ile yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler yardımcı işlere ilişkin hizmetlerden sayılmakla birlikte, asli hizmetlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmetler ve dolayısıyla ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler arasında birbirini tamamlayan ve birindeki eksiklik diğerine yansıyan bütünlük ilişkisi vardır ve ana hizmet birimlerinin görevlerini yapabilmesi her hizmet sınıfı ile görev/kadro unvanından personelin istihdam edildiği denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin görevlerini yapmasından geçmektedir. Örneğin; danışma ve denetim birimleri arasında yer alan strateji geliştirme daire başkanlıkları asil olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre stratejik plan, performans programı ve bütçe ile mali rapor ve faaliyet raporlarını hazırlamak; destek hizmetleri daire başkanlıkları ise ana hizmet birimlerinin görevlerine ilişkin ihale, kiralama ve satın alma gibi mali işlerle, temizlik, güvenlik, aydınlatma, ısınma, onarım, taşıma ve benzeri hizmetleri yürütmekle görevlidirler.

Stratejik plan ile performans programı hazırlanıp proje ve faaliyetlere kaynak tahsis edilmeden ana hizmet birimlerinin yürütmesi gereken görevlerin nasıl, ne şekilde ve ne ölçüde yürütüleceği bilinemeyeceği gibi, proje ve faaliyetlerin ihalesi yapılmadan, gerekli kiralama ve satın alma işlemleri yerine getirilmeden asli hizmetlerin yürütülmesi de mümkün değildir. Bunların kamu personeli eliyle değil de iptali istenen kurala göre ihaleyle özel sektör çalışanları eliyle yerine getirilebileceği ileri sürülebilirse de planlama, programlama, bütçeleme, ihale, kiralama, satınalma, mali raporlama gibi kamu hizmetlerinin, kamu hukukuna tabi idari süreçlerde yürütülmesi gereken hizmetlerden olduğu; ceza kanunlarında bu görevleri yürüten memurlara özgü suçlar oluşturulduğu; bunların idari ve mali sorumluluk doğuran işlemler olduğu; tüm bu işlemlerin Sayıştay denetimi ve hesap yargılamasına konu oluşturduğu; Sayıştaya karşı mali sorumluluğu olan harcama yetkilisi,

gerçekleştirme görevlisi, muhasebe yetkilisi, satınalma memuru, avans ve kredi mutemedi gibi memurlar ile ihale komisyonu, satınalma komisyonu, muayene ve kabul komisyonu, yapı denetim/kontrol teşkilatı gibi kurul ve heyetlerde görevli başkan ve üyelerin kamu görevlisi olmak zorunda oldukları hususları göz önüne alındığında, kamu idarelerinin kuruluş ve teşkilat kanunları ile teşkilatlarına göre danışma ve denetim birimleri ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından asli hizmetlere yardımcı/destek olmak amacıyla her hizmet sınıfından ve kadro/görev unvanından memurlar eliyle yürütülen işlere ilişkin hizmetlerin kamu hukuku bağlamında her şart ve koşulda kamu personeli eliyle yürütülmesi gerekeceği sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütmenin siyasi faaliyetleri dışında kalan ve siyasi birliğin ortak işlerini yani kamu hizmetlerini kamu yararına yürütmek amacıyla devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden (mahalli idareler, KİT'ler, yükseköğretim kurumları, TRT vb.) oluşan idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenmek durumundadır. Bu bütünlük bozulamayacağı gibi bütünlük içindeki kamu hizmetlerini yürütecek memur ve diğer kamu görevlilerinin statüsü ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi de Anayasal bir kuraldır.

Siyasi topluluğun süreklilik taşıyan ortak işlerinin/ihtiyaçlarının ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin, kamu gücünü kullanan idari personel eliyle kamu hukukuna tabi idari süreçlerde idari karar, iş, işlem ve eylemlerle kamu yararına yürütülmesi kamu idarelerinin tanımlayıcı, ortak ve temel özellikleridir. Kamu idaresinin kuruluşu, görevleri, çalışması ve görevlileri kanunlarla düzenlendiği ve kamu idaresi kamu gücünü kamu personeli eliyle kullandığı için kamu idaresi alanında kanuna bağlılık ilkesi geçerlidir.

Kanuna bağlılık ilkesinin geçerli olduğu kamu hizmetleri alanında, kamu idarelerinin birbirini tamamlayan bütünlük içindeki görevlerinin Bakanlar Kurulu kararıyla asli görevlere ilişkin hizmetler ve yardımcı işlere ilişkin hizmetler şeklinde ayrılarak, yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihaleyle gördürülmesi, Anayasanın 123. maddesindeki, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki Anayasanın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ve kanuniliği ilkesine yer verilmenin yanında 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenecek olan memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği kurallaştırılmıştır.

Kamu idarelerinin ana hizmet birimleri tarafından yürütülen görevler yanında bunları tamamlayarak bunlarla bütünlük oluşturan yardımcı işlere ilişkin danışma ve denetim ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından yürütülen görevler de memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olmasına rağmen, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihale ile özel hukuk hükümlerine tabi özel sektör kuruluşlarına gördürülecek olması ve üstelik ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin kanunla belirlenmek yerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek olması, Anayasanın 128. maddesine aykırıdır.

Bakanlar Kurulunun yardımcı işlere ilişkin hizmetleri idareler itibariyle ayrı ayrı ve veya tümünü kapsar şekilde birlikte belirleme yetkisini; idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak yapacağı ileri sürülebilirse de yasadaki bu ölçütler, yukarıda Anayasa Mahkemesi, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü örneklerinde ortaya konmaya çalışıldığı üzere, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan birim bağlamında hukuksal belirsizliğe yol açmanın yanında yasayla düzenlemenin asgari şartlarını da taşımamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, yer verilen 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri “hukuki belirlilik”tir. Hukuki belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle bağlantılı olup normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasayla düzenleme ilkesinin, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesinin değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmış olmasının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade etmektedir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan, Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.

İptali istenen düzenlemede, ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri belirlemede Bakanlar Kurulunun, idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alacak olması, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan hizmet birimleri ile işçilerin pozisyonları bağlamında hukuksal belirsizliği ortadan kaldırmadığı gibi, kamu idarelerinin tamamı göz önüne alındığında belirsiz hizmet sınıfları, belirsiz kadro/görev unvanları ve belirsiz hizmet birimleri ile belirsiz işçi pozisyonlarını kapsayabilecek bir alanı düzenleme yetkisinin, bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak ilke ve ölçütler de getirilmeden Bakanlar Kuruluna verilmesi, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ile 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt

bendinin ikinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6552 sayılı Kanununun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülüp, sonuçlandırılacağı; toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği; ancak kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği ve 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Böylece, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde fiyat farkı ödenip ödenmemesi hususu, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikasının yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmakta; kamu işveren sendikası tarafından yürütülüp sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilmemesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi hüküm altına alınmaktadır.

Anayasanın 51. maddesinde, çalışanlar ile işverenlerin önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip oldukları ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı kuralları getirilmiş; 53. maddesinde ise işçilerle işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde Toplu İş Sözleşmesi, "İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi" şeklinde tanımlanmış ve 33 – 48. maddelerinde toplu iş sözleşmesinin genel esasları ile yapılmasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan

işveren arasında yapılması gereken toplu iş sözleşmesinin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, fiyat farkı ödenmesi üzerinden alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlanarak işçi sendikası ile alt işveren adına kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılacak olması ve bu zorlamanın yetkilendirmeme durumunda fiyat farkı ödenmemesi ile sonuçlanacak olması, Anayasanın 51. maddesinde güvence altına alınan sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmaz.

Anayasanın 10. Maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Kuralına yer verilmiş; dördüncü fıkrasında, imtiyaz tanınması yasaklanmış ve beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idari makamların bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Anayasanın 10. maddesinde kurallaştırılan “kanun önünde eşitlik ilkesi” ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, yüklenicilerin hukuksal durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verilmesi, buna karşın Anayasa ve 6356 sayılı Kanuna göre yapılması durumunda fiyat farkı verilmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi boyutuna taşınarak hukuksal durumları aynı olan alt işverenler yanında hukuksal durumları aynı olan alt işveren işçileri arasında ayrımcılık yapılması, Anayasanın 10. maddesindeki “yasa önünde eşitlik ilkesi”ne aykırılık oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrasında, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” denilmektedir.

İptali istenen düzenlemede ise kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesinin yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmakta ve böylece asıl işverenin işçilere karşı 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasından kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Daha açık deyişle, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin cezası, işçilere yüklenilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla 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.

İşçi sendikası ile yapılacak toplu sözleşmede alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması yani alt işverenin yaptığı/yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi kamu yararıyla da bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. 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 ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı.)

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü işçiler alt işverenden yasal haklarını alamadıklarında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasına göre asıl işveren hakkında dava açamayacaklar; açsalar da asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği için yasal haklarına kavuşamayacaklardır. Bu itibarla iptali istenen düzenleme, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığından, Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk

yüklenemez.” Cümlesi; Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6552 sayılı Kanununun 15. Maddesiyle 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen (e) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

4857 sayılı İş Kanununun kapsamının dar ve sınırlı olması nedeniyle çalışanların önemli bir kısmının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatın kapsamı dışında kalması; Anayasanın 49. Maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmesinin 07.01.2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanunla, İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 Sayılı Sözleşmesinin ise 07.01.2004 tarihli ve 5039 sayılı Kanunla onaylanması; Avrupa Birliğine tam üyelik için 3 Ekim 2005 tarihinde müzakerelere başlanması ve Avrupa Birliği (AB)'nin 1989 yılında kabul ettiği sınırlı istisna dışında bütün çalışanları kapsayan 89/391 EEC Çerçeve Direktifinin tam üyelik görüşmelerinde ön şart olarak ortaya konması nedenleriyle iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenlemek amacıyla kapsamlı bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı ile Avrupa Birliğinin 12 Haziran 1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Direktifinin mevzuatımıza kazandırılması yanında Anayasanın 49. maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği alanında kabul ettiğimiz 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmelerine uygun “müstakil” bir kanuni düzenlemeye gidilmesi amaçlanmış ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.6.2012 tarihinde 6331 sayıyla yasalaşmıştır.

Nitekim, Kanunun amacı; “işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek” şeklinde ortaya konulmuş ve kapsamı ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri ile AB'nin sınırlı istisnası dışında bütün çalışanları kapsayan (işçi, memur, kamu görevlisi, gemiadamı, gazeteci, hakim, savcı gibi farklı statülere sahip kişileri “çalışan” olarak tanımlayan) 89/391 ECC sayılı Çerçeve Direktifiyle uyumlu belirlenmiştir.

Bu defa ise 6552 sayılı Kanununun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendiyle, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri” İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Altı Komisyonunda verilen bir önergeyle Tasarıya çerçeve 15. madde olarak eklenen maddenin gerekçesinde ise, “Tabii oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle ve deniz ve hava taşımacılığının kendine özgü çalışma koşulları dikkate alınarak ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabette olumsuz etkilenmemelerini teminen uluslararası denizyolu ve havayolu taşımacılığı yapan araçların seyrüsefer hallerini 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ... kapsamı dışında tutan bir düzenlemenin Tasarıya” eklenmesinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir.

Bu ifadeye göre, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri”nin 6331 sayılı Kanundan istisna tutulmasının nedeni, uluslararası seyrüsefer hallerinde “tabii oldukları uluslararası sözleşmelerin” uygulanacak olması ve ayrıca ülkemiz armatörlerini iş sağlığı ve güvenliği kapsamında yapılacak harcamalardan muaf tutarak uluslararası rekabette maliyet avantajı sağlanması ile gerçekleştirilmiştir.

Uluslararası deniz taşımacılığı yapan araçların 6331 sayılı Kanuna tabii olmamasının gerekçesi seyir halinde bu araçların “tabii oldukları uluslararası sözleşmeler” ise söz konusu sözleşmelerin neler olduğunun bilinmesine ihtiyaç vardır.

Türkiye'nin deniz hukukunu konu alan veya kapsamında deniz hukukuna ilişkin kurallar bülman taraf olduğu uluslararası sözleşme ile anlaşmalar; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Lozan Barış Anlaşması, Montreux Boğazlar Sözleşmesi, Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi 1979, Milletlerarası Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (Solas-1974), Gemiadamlarının Eğitimi, Belgelendirilmesi ve Vardiya Standartları Hakkında 1978 Uluslararası Sözleşmesi (STCW Sözleşmesi), Uluslararası Sağlık Tüzüğü 1985, Marpol Antlaşması, Barcelona Konvansiyonu, Cenazelerin Nakli Anlaşması, Ölülerin Nakline Dair Beynelmille İtilafname, Avrupa Topuluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Topluluğun Halk Sağlığı Alanındaki Eylem Programına (2003-2008) Türkiye'nin Katılımı Hakkındaki Mutabakat Zaptı'nın Onaylanması Hakkında Karar şeklindedir. Bu sözleşme ve anlaşmaların içinde deniz-yolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hallerinde gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğini konu alan veya ilgilendiren herhangi bir kural bulunmamaktadır.

Öte yandan, ILO'nun İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesi ile İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşmesi dışında deniz-yolu taşımacılığı yapan araçlar ve çalışanlarına ilişkin Türkiye tarafından onaylanan ILO Sözleşmeleri ile konuları ise şöyledir:

6 Ekim 1936 tarihli Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar ve Gemi Zabitlerinin Mesleki Yeterliliklerinin Asgari İcaplarına İlişkin 53 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4906 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticaret gemilerinde çalışan kaptanlar, nöbetçi güverte ve makine zabitlerinin meslekî yeterliliklerinin asgarî gereklerini ortaya koymaktır.

6 Ekim 1936 tarihli Gemiadamlarının Hastalanması, Yaralanması ya da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin 55 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4942 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; seyrüsefer halinde bulunan gemilerde çalışanların hastalanması, yaralanması ve ölümünden armatörlerin sorumlu tutulması; tedavi ve bakım giderlerinin armatörlerce karşılanmasına ilişkindir.

22 Ekim 1936 tarihli Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme 25 Mayıs 1959 tarihli ve 7293 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; gemilerde onbeş yaşından küçük çocukların çalıştırılmamasına ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemilerde Mürettebat İçin İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin 68 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4943 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticarî amaçlı açık deniz gemisi mürettebatının iaşesinin ikmali ve yemek hizmetleri için uygun bir standardın geliştirilmesine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemi Aşçılarının Mesleki Ehliyet Diplomasına İlişkin 69 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4944 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; uluslararası seyrüsefer halindeki gemilerde mürettebatın yemeğini çıkaracak aşçıların yetkili makamdan mesleki ehliyet diploması alması gerektiğine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemiadamlarının Sağlık Muayenesine İlişkin 73 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4908 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticari gemilerde çalışacak kişilerin duyma, görme ve güverte bölümünde çalışacak kişiler bakımından renk seçme yeteneklerinden hepsinin uygun olduğu ve denizdeki çalışmasından dolayı ağırlaşacak veya işe uygun olmayan bir duruma düşürecek veya gemideki diğer kimselerin sağlığını tehdit edecek herhangi bir hastalığı bulunmadığına ilişkin sağlık raporları olmaları gerektiğine ilişkindir.

8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4907 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları, havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul etmelerine ilişkindir.

29 Nisan 1958 tarihli Gemiadamlarının Ulusal Kimlik Kartlarına İlişkin 108 sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4939 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticari gemilerde çalışan mürettebata uluslararası geçerliliği olacak gemiadamı kimliği verilmesinin şartlarına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin (İlave Hükümler) 133 Sayılı Sözleşme 22 Ekim 2003 tarihli ve 4973 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; modern gemilerin yapımı ve işletmelerinin hızlı değişen özellikleri karşısında 92 sayılı Sözleşmede yer alan mürettebatın barınması konusunda yeni iyileştirmeler yapılmasına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4935 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Gemiadamlarının işle ilgili olarak ya da iş sırasında maruz kaldıkları kazalar bağlamında ILO'nun işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin temel sözleşmesidir.

Sözleşmenin 4. maddesinde;

“- İş kazalarının önlenmesine ilişkin kurallar yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konur.

- Bu hükümler, gemi adamlarının çalışmasına uygulanabilecek olan işte kazaların önlenmesi ve sağlığın korunması ile ilgili tüm genel kurallara atıfta bulunur ve denizcilik işlerine özgü kazaların önlenmesi için alınacak önlemleri belirler.

- Bu hükümler özellikle aşağıdaki konulara ilişkin olur:

- a. Genel ve temel hükümler;
- b. Gemilerin yapısal özellikleri;
- c. Makineler;
- d. Güvertede veya altında alınacak özel önlemler;
- e. Yükleme ve boşaltma teçhizatı;
- f. Yangınların önlenmesi ve söndürülmesi;
- g. Çapalar, zincirler ve kablolar;
- h. Tehlikeli yükler ve sahra
- i. Denizcilerin şahsi koruyucu donanımı.”

Denilerek üye devletler hukuksal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altına sokulurken;

Sözleşmenin üye devletlerce uygulanmasına ilişkin olarak 6. maddesinde,

"- 4. maddede belirtilen hükümlerin, yeterli teftiş ya da yöntemlerle uygulanmasını sağlamak üzere uygun tedbirler alınır.

- 4. maddede öngörülen hükümlere uyulmasını sağlamak üzere gerekli tedbirler alınır.

- Denetim ve uygulamalardan sorumlu makamların denizcilikle ilgili işlere ve uygulamalara aşına olmalarını sağlayacak gerekli tüm önlemler alınır.

- Uygulanmayı kolaylaştırmak amacıyla, ilgili hükümlerin metni ya da özeti, örneğin gemide belirgin bir yere asılmak suretiyle gemicilerin dikkatine sunulur."

Denilmiştir.

13 Ekim 1976 tarihli Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşme 17.7.2003 tarihli ve 4940 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, gemiadamlarının yıllık ücretli izinlerine ilişkindir ve sözleşme hükümlerinin ulusal yasa ya da tüzükler marifetiyle yürürlüğe konulması öngörülmüştür.

24 Eylül 1982 tarihli Gemiadamlarının Sağlığının Korunması ve Tıbbi Bakımına İlişkin 164 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4945 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin gemi adamlarına, gemilerde koruyucu sağlık ve tıbbi bakım olanakları sağlayan önlemleri almasına ilişkindir ve Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulmasının ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler, işyeri yönetmelikleri, hakem kararları, mahkeme kararları veya ulusal koşullara uygun diğer vasıtalarla sağlanacağı belirtilmiştir.

24 Eylül 1987 tarihli Gemiadamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin 166 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4941 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; deniz aşırı ticari taşıma yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının ülkesine gönderilme haklarına ilişkindir.

Yukarıdaki sözleşmelerde gemilerde çalışanlara (gemiadamlarına) ilişkin kurallar bulunmasına ve hatta 8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme ile 14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme doğrudan uluslararası seyrüsefer yapan ticari gemilerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar taşınmasına rağmen; buradaki kurallar genel çerçeve ve ilkeleri ortaya koyan ve sözleşmeleri imzalayarak taraf olan ülkeleri, sözleşmelerdeki kuralları ulusal mevzuatlarına kazandırmaları için yükümlülük altına sokan niteliktedir.

Bu bağlamda, ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği, özellikle 92 ve 134 sayılı sözleşmeleri ise gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin genel çerçeve ve ilkesel kuralları ortaya koyan uluslararası sözleşmelerdir ve doğrudan uygulanabilirliği olmayan bu sözleşmelerin işlevi bunları imzalayarak sözleşmeye taraf olan devletleri mevzuatlarında sözleşmelerin öngördüğü gerekli düzenlemeyi yapma yükümlülüğü altına sokmasıdır. Kaldı ki, "Deniz yolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"nde gemiadamlarının iş sağlığı

ve güvenliğine ilişkin uluslararası sözleşmeleri imzalayan ülkeleri yüklenim altına sokmanın dışında fiilen uygulanabilirliği olan uluslararası sözleşmeler olmamakla birlikte, olduğu ileri sürülse dahi, sözleşmelerde yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kuralların ticari gemiler düzeyinde uygulanmasını sağlayan, denetleyen, uygulanmaması halinde yaptırım uygulayan uluslararası bir kuruluş da bulunmamaktadır.

Öte yandan uluslararası taşımacılık yapan gemiler büyük tonajlı gemilerdir. Bunlar yakın zamanlara kadar sadece deniz yoluyla yolcu ve yük taşınmasında kullanılırken; günümüz teknolojisi, bunları taşımacılığın yanında yüzer üretim tesislerine de dönüştürmüş bulunmaktadır. Günümüzde bu gemilerden bazıları kalkış limanından yükledikleri hammaddeyi seyir halinde işleyerek varış limanına işlenmiş/mamul madde olarak teslim eder hale getirilmişlerdir. Dolayısıyla deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan deniz araçlarında diğerleri yanında sadece petrol ve türevleri ile likit gaz gibi tehlikeli maddeler taşınmasına ek olarak bu araçlarda seyir halinde üretim faaliyetinde de bulunmaktadır. Bu araçların seyrüsefer halinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışına çıkarılması, söz konusu üretim faaliyetlerinin de kapsam dışına çıkarılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu itibarla, gerekçede ileri sürülen “Tabii oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması” ifadesinin uluslararası sözleşmeler ve uygulayıcı kuruluşlar bağlamında gerçekliği ve geçerliliği bulunmamakta; “Deniz yolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri”nin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamından çıkarılması, gerekçede “ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini teminen” şeklinde ifade edildiği üzere, deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan ülkemiz armatörlerini 6331 sayılı Kanuna göre yapmak zorunda oldukları iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik önlem ve harcamalardan muaf tutarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliklerine ilişkin asgari şartların yerine getirilmemesi ve dolayısıyla bunların iş kazaları ve meslek hastalıkları riskiyle karşı karşıya bırakılması üzerinden maliyet üstünlüğü sağlamayı amaçlamaktadır.

Anayasanın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah ve huzurunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 49. maddesinin ikinci fıkrasında, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” denilmiş; 56. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak Devlete görev olarak verilmiştir. Uluslararası seyrüsefer yapan deniz araçlarında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin, bir maliyet unsuru olarak değerlendirilerek uluslararası rekabeti sağlamanın alt bileşeni haline getirilmesi ve uluslararası deniz taşımacılığı yapan iş adamlarının daha fazla kazanç elde etmeleri için insan hayatının hiçe sayılarak çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla karşı karşıya bırakılması, Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı gibi çalışanları korumak ve herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevleriyle uyumadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 5., 49. ve 56. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas olduğu kararlaştırılmıştır.

1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23. maddesinin (1) nolu fıkrasında, “Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve

elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır." denilirken; 1976 Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Antlaşması'nın 7. maddesinde, "Bu Sözleşme'ye taraf Devletler, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ederler. Bu hak özellikle (...) Güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını güvence altına alır;" denilmiştir; ILO'nun 155 sayılı Sözleşmesinde, Sözleşmenin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı, ekonomik faaliyet kolları teriminin, kamu hizmetleri de dahil olmak üzere çalışanların bulunduğu bütün kolları kapsadığı, çalışanlar teriminin, kamu çalışanları da dahil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsadığı belirtilmiştir; 161 sayılı Sözleşmesinde, bütün ekonomik faaliyet dallarında ve tüm işletmelerde, kamu sektörü ve üretim kooperatifleri üyelerini de kapsayacak şekilde, tüm çalışanlar için, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sürekli bir şekilde geliştirilmesinin üstlenilmesi gerektiği hususu vurgulanmıştır; 92 Sayılı Sözleşmesinde, üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları ile havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul edecekleri belirtilmiştir; 134 Sayılı Sözleşmesinde ise iş kazalarının önlenmesine ilişkin kuralların yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konulacağına yer verilmiştir.

Türkiye, yukarıda sıralanan uluslararası andlaşmaların tamamını onaylayarak usulüne göre yürürlüğe koymuştur. Yaşam hakkı ile iş güvenliği ve sağlığı hakkının temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunda da şüphe yoktur.

Bu itibarla, "Deniz-yolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"ni 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, usulüne göre yürürlüğe konulmuş yukarıda sıralı uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığından, Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6552 Sayılı Kanunun 20. Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 20. maddesiyle, 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin"; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresi "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresi ise "yüzde birini" olarak değiştirilmiştir.

Mülga 5018, 224 ve 275 sayılı Kanunlarda yer almayan işkolu barajı şartı ilk kez 1983 tarihli 2822 sayılı Kanun ile sendika mevzuatına eklenmiştir. Milli Güvenlik Konseyi dönemi sırasında çıkarılan 2822 sayılı Kanunun getirdiği yüzde 10 işkolu barajının Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülemedi; hiçbir demokratik toplumda var olmayan bu koşul Türkiye'de sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarının kullanılmasını ciddi anlamda sınırlamıştır. İşkolu barajı şartı nedeniyle belli sayıda sendika toplu iş sözleşmesi imzalayabilmiş; sendika çokluğu ve serbestisi ilkeleri fiilen yaşama geçirilememiş; işkolu barajı şartı sendikaların 1990'lı yıllarda üye kaybetmeye başladığı sırada daha da ağır ve yıkıcı etkilerde bulunmuş; Türkiye'de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilen işçi sayısı ve

sendikalaşma oranı 1990'lı yıllardan bugüne kadar hızla gerileyerek 1980 Müdahalesinden önceki rakamın yarısına kadar düşmüştür.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın istatistiklerine göre, kayıtlı işçi sayısı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısı dikkate alındığında, 1988 yılında 3 milyon 418 bin 965 olan kayıtlı işçi sayısının 2014 yılına gelindiğinde 12 milyon 287 bin 238'e yükseldiği ancak aynı dönemde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısının 1 milyon 591 bin 360'tan, 800 bin'e düştüğü; dolayısıyla toplu sözleşmeden yararlanma bakımından sendikalaşma oranının yüzde 46,5'ten yüzde 9,7'e düştüğü görülmektedir. Türkiye'de kayıtlı her 100 işçiden yalnızca 9,7'si toplu sözleşme hakkından yararlanabilmekte, özel sektörde bu rakam yüzde 3,5'e kadar düşmektedir.

Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere OECD ülkeleri arasında en düşük sendikalaşma oranına sahip olan ve sendikalaşma oranının en hızlı düştüğü ülke Türkiye'dir.

Tablo: OECD Ülkelerinde Sendikalaşma, Yüzde (2002-2011)¹

	2000	2010/2011	Değişim
Türkiye	9.5	5.9	-38
ABD	12.8	11.3	-11
Meksika	13.9	13.2	-5
Şili	13.3	15.0	12
İspanya	16.0	15.9	-1
Hollanda	21.0	18.2	-13
Almanya	23.5	18.5	-21
Japonya	20.3	19.0	-6
Yeni Zelanda	22.2	20.8	-6
İngiltere	29.3	25.8	-12
Avusturya	35.2	28.1	-20
Kanada	30.3	28.8	-5
İtalya	33.8	35.1	4

İrlanda	36.1	35.6	-2
Belçika	50.9	52.0	2
Norveç	54.5	54.6	0
İsveç	77.3	67.7	-12
Danimarka	73.2	68.8	-6
Finlandiya	73.5	70.0	-5
OECD Ortalaması	19.6	17.5	-11

Yukarıdaki tablolar ışığında 2822 sayılı Kanunda yer alan işkolu ve işyeri/işletme barajlarının Anayasanın 51. maddesi ile güvence altına alınan sendika kurma ve üye olma hakkı ile Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını ağır bir biçimde sınırlandırdığı söylenebilir. Dolayısıyla sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkının tam anlamıyla yaşama geçirilebilmesi işçilerin Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkından gerçek anlamda yararlanabilmesi Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de uyarıları doğrultusunda işyeri barajı ile işkolu/işletme barajının tümüyle kaldırılması gerekmektedir.

Hal böyleyken 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrası ile işkolu barajı yüzde 3 olarak düzenlenmiş yalnızca bu barajı aşan sendikalara toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır. Rakamsal olarak yüzde 3 oranı yüzde 10 oranından daha düşük olsa da fiiliyatta işkolu barajı düşürülmemiş hali hazırda toplu iş sözleşmesi yapabilen sendika sayısını yarıya düşürme riski bulunan bir baraj sistemi öngörülmüştür. 6352 Sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile söz konusu yüzde 3 oranı da yüzde 1'e düşürülmüştür. Ancak, bu düzenleme de Anayasanın 53. maddesinde belirtilen hükme ilişkin aykırılığı gidermemiştir.

Söyle ki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından en son yayımlanan 2009 yılı Temmuz istatistiğine kadar Bakanlığın kayıtlarına göre işçi ve sendikaların üye sayıları yayımlanmıştır. Bakanlığın kayıtlarında her bir iş kolundaki işçi sayısı daha düşük görünürken sendikaların üye sayıları çeşitli yargı kararları gereği sendikaların bildirimleri esas alınarak yayımlanmış çeşitli nedenlerle sendika üyeliği düşen işçiler sendika üyesi görünmeye devam etmiş dolayısıyla birkaçı dışında hiç biri yüzde 10 barajının üzerinde olmayan 50 sendika kağıt üzerinde barajın üstünde görünerek toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini sürdürmüştür. Dolayısıyla yüzde 10 barajı, barajın üzerine çıkmayı başarmış sendikalar için adeta fiilen uygulanmamış yargı kararları uyarınca sendikaların bildirimlerini ve Bakanlık kayıtlarını esas alan sistem neticesinde 50 sendika toplu sözleşme yapma yetkisini koruyabilmiştir. Bununla birlikte son dönemde kurulan hiçbir sendikalar yüzde 10 barajını aşamamış yüzde 10 barajı sendika çokluğu ve çok sayıda sendikanın tolu sözleşme yetkisi kullanmasını engellemiştir. Özetle sonuç olarak yukarıda belirten nedenlerle yüzde 10 barajı fiiliyatta kısmen uygulanmış ancak bu kısmi uygulama dahi ağır ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.

28.01.2010 tarih 5951 sayılı Yasa ile mülga 2822 sayılı Kanununun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “Bakanlık; yetkili sendikamın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde, 1/8/2010 tarihinden itibaren kendisine gönderilen üyelik ve istifa bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. Bu tarihe kadar Bakanlıkça yayımlanmış bulunan en son işçi ve üye istatistikleri geçerlidir.”

Bu düzenleme ile Bakanlık kayıtlarının değil SGK kayıtlarının esas alınacak olması nedeniyle gerçek işkollarında çalışan işçi sayısı ve sendikaların gerçek üye sayılarının ortaya çıkacak olması ve birkaçı haricinde tüm sendikaların yüzde 10 işkolu barajının altında kalacak olması nedeniyle 2009 Temmuz istatistiklerinden sonra Bakanlık bir daha istatistik yayımlamamış geçici yasal düzenlemeler yapılarak 2009 Temmuz istatistiklerinin esas alınması öngörmüştür. 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin 7. fıkrası ile de istatistiklerin düzenlenmesinde Bakanlığa gönderilen bildirimler ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimleri esas alınmaya başlamıştır.

2013 yılının Ocak ayında yayımlanan işkolu istatistiğine göre işkollarında çalışan gerçek işçi sayıları ile sendikaların gerçek üye sayıları belirlenmiştir. Bu düzenleme ile 6356 Sayılı Yasa öncesinde son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre yüzde 10 barajının üzerinde görünen bazı sendikalar yüzde 1 barajının dahi altında kalmıştır. Hal böyleyken 6356 sayılı Yasa ile yüzde 10 işkolu barajı ile yüzde 3 işkolu barajını yalnızca rakamsal olarak kıyaslayarak işkolu barajının düşürüldüğü ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkının geliştirildiği sonucuna varmak mümkün değildir. Yine 11 Eylül 2014 tarihinde yayımlanan 6552 Sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile getirilen düzenlemenin de bu aykırılığı giderdiğini de söylemek mümkün değildir.

Yapılan bu düzenlemeye göre

a) Son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre halihazırda barajın üstüne gözüken ve toplu sözleşme yapabilen sendikalar bakımından, yüzde 1 barajı en az 5 sendikamın, işkolu barajının altında kalmasına neden olmuştur.

b) Mülga 2822 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi yapabilen Türk-İş'e bağlı 2 sendika DİSK'e bağlı 3 sendika baraj altı kalmıştır.

c) Sendikaların baraj altı kalması ile birlikte onbinlerce işçi sendikaya üye olsa bile toplu sözleşme hakkından yararlanamayacaktır.

Bu düzenleme ile Türkiye'de zaten son derece sınırlı olan toplu pazarlıktan yararlanma düzeyi daha da geriye götürebilecek 6552 sayılı Kanununun 20. maddesinde yapılan düzenleme ile değiştirilen 6356 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde yapılan değişiklikler, düzenlemeleri Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış olan sendikalaşma ve toplu pazarlık haklarını ve bu hakların kullanımı daha da sınırlayacaktır.

Örneğin, Türkiye'de hizmetler sektörünün hızla gelişmesi ile birlikte, “Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar” işkolu da inanılmaz bir hızla büyümüş ve Türkiye'nin en büyük işkolu haline gelmiştir. SGK verilerine göre bu işkolunda çalışan işçi sayısı 2 milyon 600 bini bulmuştur. 2009 verisine göre ise işkolundaki işçi sayısı, 436 bin 794'tür. Dolayısıyla, yeni istatistikle işkolundaki işçi sayısı bir anda yaklaşık 5 katına çıkmıştır. Ancak bu işkoluna da 6552 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile yüzde bir baraj uygulanacaktır. Bu işkolunda faaliyet gösteren ve hali hazırda yetkili olan DİSK'e bağlı Sosyal-İş Sendikası bu işkolunda yüzde 1 barajına ulaşmadığı için baraj altında kalmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 6356 sayılı Kanunla işkolları sayısı 28'den 20'ye düşürülmüş; gıda ve şeker işkolları 2 no'lu gıda sanayi işkolunda; deri ve tekstil işkolları, 5 no'lu dokuma hazır giyim ve deri işkolunda; ağaç ve kağıt işkolları 6 no'lu ağaç ve kağıt işkolunda basın ve gazetecilik işkolları 8 no'lu basın, yayın ve gazetecilik işkolunda; kara taşımacılığı, hava taşımacılığı ve demiryolu taşımacılığı işkolları 15 no'lu taşımacılık işkolunda; gemi yapımı, deniz taşımacılığı ve ardiye ve antrepoculuk işkolları 16 no'lu gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk işkolunda birleştirilmiştir.

Birleştirilen işkollarında faaliyet gösteren sendikalarda da yüzde bir işkolu barajı uygulanmaktadır. Bu sendikaların 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 7 Kasım 2012 tarihine kadar işkolunda yer almadığı için üye kaydedemediği yüz binlerce işçi, işkollarının birleştirilmesi nedeni ile 2013 Ocak ayında yayımlanan istatistiklerde bu sendikaların işkollarında çalışan işçi sayısına dahil edilmiştir. Bu da bu sendikaların Kanun değişikliğinden daha da fazla etkilenmesine neden olmaktadır.

Örneğin birleştirmeden önce deri işkolunda işçi sayısı 45 bin civarındaydı. Bu işkolunun tekstil işkolu ile birleştirilmesi sonrası yeni işkolunun işçi sayısı 850 bin civarına çıktı. Deri işkolunun yüzde 10'u 4 bin 500 iken, yeni işkolunun yüzde 1'i bile 8 bin 500'e denk gelmektedir. Bir başka deyişle 6552 sayılı Yasa ile yüzde 10 barajı yüzde 1'e ve düşmüş gibi görünse de birleştirme neticesinde işkolu barajı bir anda yüzde 20'ye yükseldi. Böylece demokrasinin askıya alındığı koşullarda yasama yetkisini zor yoluyla kullananların getirdiği ve Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülemeyen yüzde 10 barajı, özellikle birleştirilen işkolları bakımından 6356 sayılı yasa ile daha da yükseltildi. Bu aykırılık ne yazık ki 6552 Sayılı Yasa ile de giderilememiştir. Sonuç olarak üye dahi kaydetmesi mümkün olmayan yüz binlerce işçinin işkollarına eklenmesi nedeniyle en az 5 sendikaların baraj altında kalmasına neden olan bu düzenleme, adalet ve hakkaniyet duygusuyla bağdaşmadığından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmamakta ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını fiilen yok etmektedir.

6356 sayılı Kanunun işkolu barajını düzenleyen ilgili maddeleri ILO'nun 98 sayılı sözleşmesi başta olmak üzere Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere aykırıdır.

Türkiye'de 12 Eylül darbesi ile birlikte yürürlüğe konulan 2821 ve 2822 Sayılı Yasalar, yıllardır ILO tarafından ILO sözleşmeleri ile tavsiye kararlarına aykırı olması nedeniyle eleştirilmiş, Hükümetlerden ILO sözleşmeleri, tavsiyeleri ve standartlarına uygun yeni bir sendikal mevzuatın yürürlüğe konulması talep edilmiştir.

ILO'nun toplu pazarlık hakkı ile sendikaların toplu pazarlık yapabilmek için temsil hakkı edinmesine ilişkin görüşlerinin esasını 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nin 4. maddesini oluşturmaktadır.

Maddeye göre; "Çalışma şartlarını toplu pazarlıkla düzenlemek üzere işverenler veya işveren örgütleriyle işçi örgütleri arasında ihtiyari pazarlık mekanizmasından faydalanılmasını ve bu mekanizmanın tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve desteklemek için gereği halinde milli şartlara uygun önlemler alınacaktır."

Bu bağlamda Türkiye'de sendikaların toplu pazarlık için temsil yetkisine sahip olabilmesi koşullarını düzenleyen 2822 Sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan yüzde 10'luk işkolu barajı ile yüzde 50'lik işyeri/işletme barajı, ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Konusunda ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının

Uygulanması Uzmanlar Komitesi tarafından ILO Konferansı'na sunulan raporlarda/gözlemlerde ve ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin raporlarında eleştirilmiş, defalarca hükümetlere bu ikili barajın tümüyle kaldırılması çağrısında bulunulmuştur. ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi 1989, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin 1987, 1988, 1989, 1991, 1993, 1994, 1995, 1996 ve 2000 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ikili barajın toplu pazarlık hakkını kısıtladığı vurgulanmış, toplu pazarlık için aranan iki koşulun da kaldırılması ve hükümet tarafından gerekli önlemlerin alınması talep edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri tarafından defalarca gerek ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne gerek ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'ne, ILO sözleşmeleri ile uyumlu bir mevzuatın hazırlanıp, yasalaştırılacağı taahhüt edilmiş olup, ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'nin 2009 tarihli raporu incelendiğinde görüleceği üzere AKP hükümeti son olarak 2009 yılında ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne hazırlanan tasarının yasalaşması ile birlikte işkolu barajının kaldırılacağı ve ILO Sözleşmeleri'ne uyum sağlanacağı taahhüdünü vermiş, 2011 yılında ise sosyal taraflarla mutabakat arandığını bildirmiştir.

ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi ile ILO Aplikasyon Komitesi'nin raporlarının açıkça gösterdiği üzere, ILO, hükümetten, Sözleşmenin 4. maddesine uyumlu biçimde, ihtiyari toplu pazarlık mekanizmasının geliştirilmesi ve bu mekanizmadan yararlanılmasını teşvik etmek ve desteklemek amacıyla sağlanacak ilerlemeyi bildirmesini talep etmiştir.

ILO denetim organlarının ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından 20 yılı aşkın süredir yaptığı işkolu ile işyeri/işletme barajının tümüyle kaldırılması çağrısı ve uyarısına rağmen 6356 sayılı Kanun ile getirilen yüzde 3 işkolu barajı ile bunu yüzde bire düşüren 6552 Sayılı Kanunda yapılan değişiklik de ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır. Ayrıca sendikal haklarda evrensel normları, bir başka deyişle demokratik toplum düzeninin evrensel ve çağdaş ölçütlerini belirleyen ILO sözleşmeleri ve tavsiye kararlarına aykırı olan söz konusu düzenlemeler Anayasanın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeni ilkesi gereği Anayasaya da aykırıdır.

Yine, Anayasa Mahkemesinin 19.10.1972 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan E.1970/48, K. 1972/3 sayılı kararı işkolu barajı bakımından emsal teşkil etmektedir. 274 sayılı Yasada 1317 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3'ünü üye yazmış olması şartı getirilmiş benzer biçimde federasyon ve konfederasyonlar için de 1/3 çoğunluk koşulu öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine, 274 sayılı Yasada 1317 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri Anayasaya uygunluk bakımından incelemiş; bu çerçevede 1/3 çoğunluk koşulunu aşağıda belirtilen gerekçeler ile Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir:

"6- 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değişik 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendinin a, b, c fıkralarında öngörülen en az 1/3 çoğunluk koşullarının Anayasaya aykırılığı sorunu:

Burada sorunun anlaşılabilmesi için önce dâva konusu kuralların kısaca açıklanması zorunludur. 274 sayılı Yasanın 9 uncu maddesi (Sendika, federasyon ve konfederasyonların kuruluş şartları) başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1 sayılı bendinde işçi sendikalarının aynı işyerinde ya da aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler arasında veya birbirleri ile ilgili işkollarında çalışan işçiler arasında kurulacağı bildirilmektedir. 2 sayılı bendinin (a) fıkrasında bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye yazmış olması öngörülmektedir. Anılan 2 sayılı bendin (b) fıkrasında işçi federasyonlarının aynı işkolunda kurulmuş sendikalardan en az ikisinin bir araya gelmeleri ve o işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü bir araya getirmesi koşulları ile, (c) fıkrasında ise işçi konfederasyonlarının a ve b fıkralarına göre sendika ve federasyonlardan en az 1/3 ünü ve Türkiye'deki sendikalı işçilerin de yine en az 1/3 ünü üye olarak bir araya getirmesi koşulları altında kurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Davada anılan kurallarda öngörülen 1/3 sınırlandırmaların sendika ve sendika birlikleri kurma özgürlüğünün özüne dokunduğu, onun için de Anayasaya aykırı buldukları ve bu bakımdan iptalleri gerektiği ileri sürülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere 9 uncu maddenin 2 sayılı bendinin (a) fıkrası kuralı ilk bakışta sendikanın kurulmasına ilişkin bir kural olmayıp işçi sendikasının Türkiye çapında görev yapabilmesi için konulmuş bir kuraldır. Bu kurala göre belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklanmaktadır. Demek ki, yazılışı bakımından yorumu yapılacak olursa, kuralın sendikaların kuruluşunu değil, yalnızca çalışma alanlarını sınırlandırmakta olduğu görülmektedir. Ancak her kuruluşun ereği, o kuruluşun gelişmesi ve çalışması olduğundan, işçi sendikasının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma, ister istemez, onun kuruluşunu da etkilemektedir; gerçekten çalışma alanı kuruluşundan önce sınırlandırılmış bulunan bir işkolu işçi sendikası, daha kurulurken gelişemez durumda ortaya çıkmış bir sendika niteliğindedir ve çalışması belli alanla sınırlı bulunan bir işkolu sendikasının genişlemesi olanağı yoktur; çünkü onun çalışmaları belli alan içinde sıkışıp kalacaktır ve daha başka alanlarda sendika çalışmaları yaparak yeni yeni üyeler kazanması ve gitgide büyüyerek Türkiye çapında çalışan ve etkili bulunan bir sendika durumuna gelmesi düşünülemez. Demek ki işkolu işçi sendikalarının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma sonuçta onların kuruluşunu iyice etkilemekte ve onları ölü doğmuş duruma sokmaktadır. Başka deyimle bir sendika kurulduğu anda o işkolundaki sigortalı işçilerin 1/3 ünü üye yazamayacağından, ancak kurulduktan sonraki çalışmaları ile kendisini beğendirip üye sayısını artırabileceğinden, Türkiye çapında çalışma olanağı sağlanmayan sendika, Yasanın aradığı 1/3 sigortalı işçi sayısını üye yazma koşulunu gerçekleştiremeyecektir ve böylece tartışma konusu koşul yüzünden, Türkiye çapında çalışan sendikalar kurulması önlenmiş olacaktır.

Bir temel hakkın kullanılması olanağını kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını olağanüstü güçleştiren sınırlandırmalar, Anayasanın değişik 11 inci maddesi uyarınca o hakkın özüne dokunuyor demektir; bundan ötürü buradaki kural, sendikaların serbestçe kurulması özgürlüğünü tanıyan Anayasanın 46 ncı maddesine aykırıdır ve bu bakımdan iptali gerekir.

Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasamızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasanın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. Çünkü sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan

kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine erişirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde gözönünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasanın 10., 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığına benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgül girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdır. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2 nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasaya uygunluğu savunulamaz.

Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işveriler sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.

Tartışma konusu bendin (b) ve (c) fıkralarında öngörülen 1/3 sınırlandırmaları dahi Anayasanın değişik 46 ncı maddesindeki birlik kurmak hakkının özüne dokunmaktadır; çünkü Anayasa, sendikalar gibi birliklerin de serbestçe kurulmasını güvence altına almıştır. Bir birliğin ilk kuruluşunda belli sayıda üyeyi veya işçiyi birleştirmesi olanağı saptanamaz. Sendikalar gibi birlikler dahi ancak kurulduktan sonra çalışmalarını ile kendilerini beğendirip yeni yeni üyelerin birliğe katılmasını gerçekleştirebilirler.

Tartışma konusu sınırlandırmalarla işkolları işçi sendikaları arasındaki çekişmeye son verilmesi ereğinin güdüldüğü, uygulamada bir bölge sendikasının adının başına (Türkiye) sözcüğünü ekliyerek Türkiye çapında çalışan bir sendika niteliğinde olduğunu ortaya attığı, bu durumun Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun uygulanması bakımından bir çok sorunlar doğurmakta olduğu, çok olduğu, çok sayıda işçilerin bir araya gelmesi yolu ile güçlü sendikalar kurulması zorunlu bulunduğu görüşleri yasama belgelerinde ileri sürülmüş ve bu görüşlere dayanılarak bu sınırlandırmalar savunulmuştur. İşçilerin ancak güçlü sendikalar aracılığı ile yararlarını koruyabilecekleri, güçsüz sendikaların artışının işçilere hiç bir yararı dokunmayacağı düşünceleri doğrudur ve bu sakıncaların önlenmesi yolunda birtakım yasal tedbirler alınması Anayasanın 5 inci ve 64 üncü maddeleri gereğince Yasa Koyucuya tanınmış yetkililerdendir. Kaldı ki son Anayasa değişikliği ile 46 ncı maddenin birinci fıkrasına (Bu hakların kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunla gösterilir.) kuralının eklenmesi ile Yasa Koyucunun daha önce de sahip bulunduğu düzenleme yetkisi ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır. Yalnız ereğe uygun olmayan, sendikalarla federasyon ve konfederasyon ve konfederasyonların kuruluşlarını daha başlangıçta olağanüstü zorlaştıran ve onların geniş ölçüde çalışmalarını sonucunda kendilerini beğendirerek üye sayılarını artırmalarını engelleyici nitelikte olan bir düzenleme, Anayasaya uygun görülemez.

Özetlemek gerekirse; 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değiştirilen 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendi yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırıdır ve iptal edilmelidir.”

Her ne kadar yukarıdaki karar 1971 Anayasası ve 1/3 çoğunluk koşulu üzerine şekillense de karar gerekçesinin temelleri ve özü 6552 sayılı Kanunda yer alan işkolu barajı bakımından da kıyasen değerlendirilebilir.

Yukarıda genel hatları ile değerlendirilen,

6552 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile değiştirilen 6356 sayılı Kanun'un 41. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla" ifadesi, Kanunun 41. Maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yüzde birinin" ifadesi, 43. maddesinin ikinci fıkrasında "yüzde birinden" ibaresi ile dördüncü fıkrasında yer alan "en az yüzde birinden" ibaresi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 10., 12., 13, 49, 51., 53., 55. ve 90. maddelerine aykırı olup, söz konusu düzenlemeler, yukarıda genel hatları, aşağıda ise detayları ile sunulan gerekçeler nedeni ile iptal edilmelidir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Sosyal devletin en önemli unsurlarından birisi toplumun plüralist yapısının yapı taşlarından birisi olan sendikalar. Diğer bir ifade ile demokratik sosyal hukuk devletinin varlığı toplumdaki bireylerin bilinçli ve örgütlü olmalarına bağlıdır ve sendika gibi örgütlerin varlığı da demokratik sosyal devletin varlığını gerektirmektedir. İkisinden birisini kısıtlamak, diğerlerini ortadan kaldıracaktır. Bu madde ile sendikasılaştırma yoluyla sosyal devlet ilkesi, sosyal devlette vatandaşların toplumsal mutluluk ve refahın birlikte pay alması, insanca, hakça, adaletli bir düzende yaşaması şartı ortadan kaldırılmaktadır. Sendikalara toplu sözleşme yetkisi için çifte baraj getirilmesi, sonucunda yetki alamayan sendikalar hızla kapanacak, sendikasılaşma sonucunda sosyal devlet ilkesi zedelenmiş olacaktır. Bu nedenle sosyal devlet ilkesine aykırı olan işkolu barajı, toplumun plüralist yapısını oluşturan sendikaların ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağından, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "sosyal devlet" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 5. maddesinde; Devletin temel amaç ve görevleri Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmiştir.

Anayasa kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamayı görev edinmiş ve bu nedenle demokratik sosyal hukuk devleti ilkesini kabul etmiştir. Bunu bizzat kendi parasız eğitim, parasız sağlık gibi yollarla yerine getirebileceği gibi bizzat kişi ve grupların örgütlenerek ekonomik ve sosyal haklarını aramalarının yollarını açık tutarak da yapabilir.

Ancak işkolu barajları ile sendikaların toplu sözleşme yapma yetkisini ortadan kaldıran düzenleme, devlete verilen "Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" göreviyle bağdaşmamaktadır. İşçiler ekonomik ve sosyal şartlarını iyileştirmek, geliştirmek, korumak için bir araya gelerek sendikalar kuracak ve toplu pazarlık hakkından yararlanacaklardır. Toplu pazarlık yapamayan bir sendikanın işsizlik nedeni ile kapıya kilit vurması kaçınılmazdır. Ancak toplu pazarlık hakkı yetkisi, zaten sendikalaşmanın çok düşük olduğu ülkemizde toplu pazarlık hakkı bir de işkolu barajı ile ortadan kaldırılınca,

işkolu barajını geçemeyen sendikalar işyerinde ve işletmede işçilerin tamamını örgütleseler de yetki alamayacaklarından, işkolu barajı, işçilerin ve çalışanların temel hak ve hürriyetleri olan sendikal hak ve özgürlükler ile bu hak ve özgürlüklerin en önemli göstergesi olan toplu pazarlık hakkını ortadan kaldırdığı ve sendikal özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığı için Anayasanın 5. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, cinsiyet, sitali düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğu; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı ve devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket edeceği kurallaştırılmıştır.

Sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma temel bir Anayasal haktır. Ancak bir hakkın tanınması kadar, bu hakkın rahatça uygulanmasına olanak tanınmalıdır. Gerçekten hakkın tanınması kadar uygulanmasını sağlamak için makul, geçerli önlemler alınmalı yoksa hakkın göstermelik ve vitrinlik olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlüklerin korunması için yaptırımlar şarttır. Sendikal hak ve özgürlüklerin ihlali halinde sendikal tazminat, bu hakların ihlal edilmemesi için önemli ve caydırıcı bir yaptırımdır. Ancak Türkiye'de her 100 işçiden ortalama 6 sı sendikaya üye olduğu halde sendikal hak ve özgürlüğün önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları ile toplu pazarlık hakkının sendikanın elinden alınarak ortadan kaldırılması, sonunda bu sendikaların üyelerinin sendika seçme haklarına zorunlu müdahale olduğu için sosyal sınıflardan biri lehine imtiyazla sonuçlanmakta ve bu nedenle yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan Yasanın getirdiği düzenlemeyle işçilerin bir kısmının üye oldukları sendikalar işkolu barajını geçere ve toplu pazarlık hakkından yararlanırken, bir kısım işçilerin üye oldukları sendikaların ise ne kadar köklü olsalar da işkolu barajı nedeniyle toplu sözleşme hakkından yararlanamayarak fiilen ellerinden toplu sözleşme yetkisinin alınması, 40 yıl, 50 yıl gibi mazisi olan bu sendikaların çok eski üyelerinin sendika seçme haklarına devlet eliyle müdahale sonucunu doğurduğu ve yasanın uygulanması sonucunda birçok sendikanın kapanılması kaçınılmaz olduğu için, iptali istenen düzenleme bu açıdan da yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Anayasamızın 12. maddesinde, "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir". denilmiştir.

Sendikal hak ve hürriyet insanın insanca yaşama, hak ve adalete, huzur ve refaha kavuşma mücadelesinde bir temel hak ve hürriyettir. Ancak her temel hak ve hürriyetin tanınması kadar Anayasanın 5. maddesinde belirtildiği üzere bunun korunması da şarttır. Sendika kurmak, kurulu sendikalar arasında seçim yaparak sendikaya üye olmak, sendikal faaliyette bulunmak olumlu/ pozitif sendikal hak ve özgürlüklerdir. Ancak bu hakkın işlevsel hale gelmesi, bu hakka tecavüz edildiğinde yaptırıma kavuşması ile mümkündür. Anayasamızda ve uluslararası sözleşmelerde sendika teklifi ilkesi değil, sendika çokluğu ilkesi belirlenmiştir. Demokratik sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de farklı fikirlerin tümüne özgürlük sağlanmasıdır. Sendikacılık konusunda herkesin aynı düşüncede olmasını beklemek mümkün değildir. Sendikalar siyasi parti değildir. Ancak sendikaların işçi haklarının savunulmasında farklı yaklaşımları olduğu temel gerçektir ve bu gerçek demokrasi ile uyumludur. Anayasamız ve uluslararası sözleşmeler gereği işçiler sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarına sahip oldukları gibi, kurulu sendikalardan birisini seçme hakkına da sahiptirler. Sendikayı seçme hakkı temel bir haktır. Kimse istemediği sendikaya üye olmaya zorlanamaz. Ancak sendikalara toplu pazarlık konusunda işkolu

barajı getirilmesi neticesinde bir kısım sendikalar toplu pazarlık yetkisi alamadıkları için kapanmak suretinde kalacağından, üstelik bir çok işçinin 15, 20, 25 yıl gibi bu sendikalara üye olduğu düşünülürse sendika seçme temel hakkının devletin yaptığı yasa ile ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla yüzde bir oranındaki işkolu barajı sendikaların yetki alamaması sonucunda işlevlerini tamamen yitirmesi sonucunu doğurarak işçilerin sendika seçme hakkını ortadan kaldıracığından Anayasanın 12. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 13. maddesinde; “ Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Kuralına yer verilmiştir.

Sendikal haklar, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte uluslararası sözleşmelerde temel insan hakkı olarak kabul görmektedir. Anayasanın 51. maddesinde sendika kurma hakkı adı altında pozitif sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyette bulunma; 53. maddesinde toplu iş sözleşmesi hakkı; 54. maddesinde ise grev hakkı düzenlenmiştir. Günümüzün çağdaş demokrasilerinde ve uluslararası belgelerde sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı temel hak ve özgürlüklerden sayılmaktadır. 6552 sayılı Kanunla yüzde üçten yüzde bire düşürülen iş kolu barajı, güçlü sendikacılık adı altında bu haliyle dahi sendikasılaştırmayı hedeflemektedir. Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik bir sosyal hukuk devletidir. Sendikalar çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak işkolu barajı getirilerek sendika kurma, üye olma, sendika seçme, toplu pazarlık hakkı gibi sendikal hak ve özgürlüklerin aşırı bir şekilde sınırlandırılması, örgülenme ve toplu pazarlık hakkının, demokratik çoğulcu toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde sınırlandırılmasıyla sonuçlanmaktadır.

Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş ve “Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” denilmiştir.

Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmesi, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları koruması, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alması, yükümlülüklerini kendi ekonomik olanakları çerçevesinde adalet ve hakkaniyete uygun bir şekilde yerine getirirken; çalışma barışının sağlanması ise emek gücünden başka satacak hiçbir değeri olmayan çalışanların ve işçilerin korunması ile mümkün olabilecektir. İnsanların temel ihtiyaçları tatmin edilmediği sürece huzursuzluğun, gerilimin olması, mutsuzluğun artması kaçınılmazdır. Devlet yapacağı düzenlemelerle çalışma hayatına çalışanları korumak açısından müdahale ederek çalışma barışını sağlayacaktır. Sendika kurma, sendikaya üye olma, sendikal faaliyette bulunma temel hak ve özgürlüktür. Bu hakların tanınmasının amacı iktisadi yönden güçsüz olan ve kendisinin ve ailesinin geçimi için emek gücünden başka satacak hiçbir şeyi olmayan işçilerin topluca hak aramalarını sağlamaktır. Ancak sendikal hak ve özgürlükleri tanyan devletin önce işkolu barajı arkasından işyeri ve işletme barajı getirerek hak ve özgürlükleri aşırı ölçüde kısıtlaması “çalışma barışını” ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir. İşkolu barajının altında kalan sendikalar toplu iş sözleşmesi yapamayacaklarından bu sendikaların eninde sonun da bu yasa iptal edilmedikçe veya çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletine yakışır bir yasa yapılmadıkça sendikasılaşma artacak, çalışma barışı kalmayacak, anarşi ve kargaşa atağa kalkacaktır. Bununla ötesinde mevcut yasada büyük bir kesim işçi için sendikal güvence

tanınmaması hızla sendikasızlaşmayı getirecek, sendikasızlaşma sonucunda düşük ücret ve kötü koşullarda çalışma, ücretli köleliği, sefalet ve yoksulluğu getireceğinden çalışma barışının bozulması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenlerle iptali istenen düzenleme Anayasanın 49. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinde "Sendika Kurma Hakkı" tanınmış; sendikal özgürlükler düzenlenmiş ve sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir.

Her ne kadar maddenin başlığında sadece sendika kurma hakkından bahsedilmekte ise de, içeriğinde kurulan sendikalara üye olma, farkı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyete katılma, sendikaya üye olmama, üyelikten serbestçe çekilme hakları Anayasal güvence altına alınmıştır. Maddede sendikaların üyelerinin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmekten söz edilerek sendikal özgürlükler yanında sendikal faaliyetin de koruma altına alındığı anlaşılmaktadır.

Sendikal hak ve özgürlükler üç tür özgürlük getirmektedir. Sendikaya kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı olumlu (pozitif) sendika özgürlükleridir. Sendikaya üye olmama ve üye olunan sendikadan serbestçe çekilme hakkı olumsuz (negatif) sendika özgürlüğüdür. Sendikaların üyeleri ile birlikte yaptığı toplu pazarlık, arabulucuya başvurma, uyuşmazlık çıkarma ve grev hakları ise kolektif sendikal hak ve özgürlükleridir.

Anayasamız ve ülkemizin de bir yasa ile benimsediği uluslararası sözleşmeler sendikal hak ve özgürlükleri (sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma; sendikaya üye olmama, sendikadan çekilme ve kolektif sendikal hak ve özgürlükleri) ayırım yapmaksızın tüm işçilere istisnasız tanımıştır. 1983 yılında 2821 sayılı Sendikalar Yasası ile işkolu barajı getirildiği ve yasanın çıktığı tarihte bir çok sendika fiilen işkolu barajının altında kaldığı halde kağıt üzerinde bu yasanın çıktığı tarihe kadar barajı geçmiş gösterildiği bilindiği halde ve üstelik 1983 yılından bu yana siyasi iktidarların tutumu, mahkemelerin sendikal tazminata yaklaşımları, dünyada global ekonomi altında yeni bir sömürü dalgasının yayılması ve sermayenin küreselleşmesi ile ciddi bir şekilde tüm dünyada olduğu gibi sendikaların üye sayılarını hızla kayıp ettiği, 12 Eylül Askeri Rejimi ile 1980 yılında kapatılan DISK'e bağlı sendikaların 1992 yılında tekrar faaliyete geçebildiği ve yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden 6 sının sendikal olduğu göz önüne alınmaksızın yetki düzenlemesi başlığı altında önce işkolu barajının, arkasından işyeri ve işletme barajlarının getirilmesinin amacı çok açık bir şekilde sendikasızlaştırmaktır. Göz önüne alınması gereken 1963 yılında yürürlüğe giren 274 ve 275 sayılı Yasalarda toplu pazarlık açısından hiçbir sınırlama olmamasına rağmen, 2821 sayılı Yasa ile Sendika Kurma Hakkına aykırı bir şekilde önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları getirilmiştir. 2003 yılından bu yana sürekli olarak ileri demokrasi iddiasında ve 12 Eylül Anayasasını değiştirmek iddiasında olan siyasi iktidar yasanın 41. maddesinde getirdiği işkolu ve ardından işyeri ve işletme barajları ile (çifte baraj) tam tersini yapmış, sendikaların kurulmasını ve faaliyetlerini koruyup güvence altına alacağına, baraj yöntemi ile dolaylı yoldan sendikaların kapatılması, toplu pazarlık hakkının kaldırılması için yasa yapmıştır. Anayasanın Sendika Kurma Hakkını düzenleyen 51. ve Toplu İş Sözleşmesi Hakkını düzenleyen 53. maddesinde işkolu ve işyeri barajları yer almamaktadır. Anayasada yer almayan işkolu barajı sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak etkilediği gibi, toplu pazarlık hakkına da ağır bir darbedir. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak ortadan kaldıracak olan işkolu barajı, Anayasanın 51. maddesindeki sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmamakta; sendikal özgürlükleri sınırlama ölçütleriyle uyuşmamaktadır.

Anayasanın 53. maddesinde toplu sözleşme hakkı düzenlenmiş ve "İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir." denilmiştir.

İşkolu barajı ile Anayasada güvence altına alınan toplu sözleşme hakkı ağır bir biçimde ihlal edilmiş ve hem doğrudan hem de dolaylı olarak kısıtlanmıştır.

İşkolu barajı doğrudan doğruya sendika kurma ve toplu pazarlık hakkına, hakkın özüne aykırı olduğu kadar işkolu barajı getirilmesinin amacı güçlü sendikacılık değil, sendikal hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasıdır ve sermaye sınıfının, işverenlerin talebi üzerine İLO normlarına, Uluslararası Sözleşmelere ve Anayasaya aykırı olarak getirilmiştir.

İşkolu barajı ile önceden izin almaksızın serbestçe sendika kurma hakkı işkolu barajını aşamayan sendikaların yetki talep edememesi nedeniyle muvazaalı bir biçimde sınırlandırılmaktadır.

Sendikaların amacı işçilerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmektir. Bunun için ellerindeki en büyük hukuki araç toplu pazarlık yolu ile toplu iş sözleşmesi bağlamaktır. Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sonra ermesine ilişkin normatif (kural getiren) hükümler ile işçi ve işveren arasında borç doğurucu hükümleri de içeren kolektif bir sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri aynen bir kanun maddesi gibi iş sözleşmelerini doğrudan doğruya ve otomatikman etkilerler. İş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri alır ve iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri doğrudan doğruya ve otomatikman uygulanır. Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı Anayasanın 51. ve 53. maddesinde düzenlenen kolektif bir haktır. Üstelik bu hak 1963 yılında koşulsuz olarak bütün sendikalara tanınmış, ancak 12 Eylül Rejimi ile baraj getirilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere 1983 yılından bu yana iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı %100 artmasına rağmen sendikalı işçi sayısı 1983 rakamları itibarıyla yarı yarıya azalmıştır. Üstelik 12 Eylül Darbesi ile DİSK gibi özellikle özel sektörde örgütlü olan bir konfederasyon ve ona bağlı sendikalar kapatılmış, yöneticileri, temsilcileri ağır işkencelerden geçmiş, mal varlıklarına el konulmuş, ancak 1994 yılında aklanarak tekrar faaliyete geçmişlerdir. DİSK'e bağlı birçok sendikanın tarihi 1963'lere kadar gitmektedir. Bu sendikalar en olumsuz koşulları yaşamalarına rağmen yıllarca çalışan yüz binlerce işçi için hak aramışlar toplu sözleşmeler yapmışlardır. Yine aynı şekilde 1960'lı yıllardan bu yana hak arayan üyeleri için toplu sözleşmeler bağulayan Türk-İş'e bağlı bir çok sendika iş kolu barajı nedeniyle toplu sözleşme yetkisini kayıp etmektedir. Yıllarca Türk-İş'e bağlı sendikalara, Hak-İş bağlı sendikalara üye olan ve gönül veren işçilerin sendikaları işkolu barajı nedeni yetki alamadığı için kapanma tehlikesi ile karşı karşıyadılar. Bir yerde yukarıda belirttiğimiz üzere işkolu barajını düşürdük gerekçesi ile bu işçiler sendikasızlaştırılmaktadır. Bunun anlamı 40 yıldır toplu sözleşme yetkisine sahip olan sendikaların bir anda işkolu barajı ile toplu sözleşme yetkisi alamadıkları için önce tabela sendikalarına dönüşmesi ardından kapanmaları ve üyelerinin sendikasız kalmalarıdır. Sendikasız kalan işçilerin yetki alan sendikalara üye olabileceklerini söylemek Anayasanın 51. maddesindeki kurulu sendikalardan birine üye olmak, diğer bir ifade ile sendika seçme hak ve hürriyetine aykırılıktan başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile yıllardır işçilerin üye olduğu sendikaların baraj getirilmesi neticesinde barajın altında kaldığı için toplu sözleşme yetkisi alamaması, bireysel sendika özgürlüğüne, sendikaya üye olma hak ve

özgürlüğüne, sendika seçme özgürlüğüne aykırı olduğu kadar, kolektif sendikal hak ve özgürlüklere de açıkça aykırıdır. Bu nedenle iptali istenen düzenleme, Anayasanın 53. maddesindeki toplu pazarlık hakkına da aykırıdır.

Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kuralına yer verilmiştir.

Anayasamızın 90. maddesi gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir yasa ile uygun bulunduğu sendika kurma temel hak ve özgürlüğüne ilişkin andlaşmalar ve maddeleri şunlardır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

“Md. 20/1 Herkes, barışçı toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir.”

Md. 23/1 Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

Md. 23/2 Herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret hakkı vardır.

Md. 23/4 Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı vardır.”

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (23/4) maddesi ile bir kısıtlama getirilmeksizin herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı olduğu belirtilmiştir. Ancak, 6356 sayılı Kanundaki iş kolu ile işyeri ve işletme barajları, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20/1., 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerindeki düzenlemelerle bağdaşmamaktadır. Sendika kurma hakkı çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletinde örgütlenme/dernek kurma hakkının bir çeşididir. Herkesin ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret altında olması ancak teorik ve pratik olarak sendikaların çatısı altında toplanması, işverenlerin takdirinden insafından kurtarılması ile mümkün olur. Ancak işkolu barajı sendikaların kurulmasını ve faaliyette bulunmasını güçleştirmek bir yana imkansızlaştırma noktasına taşınmaktadır. Sendikasılaştırılmayı gerçekleştirmek için barajlarla sendikalaşma hakkına bilerek ve isteyerek ihlal etmek işverenlere ucuz ve kuralsız işçi çalıştıracak bir ortam yaratmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle iş kolu barajı Sözleşmenin 20/1, 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerine aykırıdır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin özellikle tüm işçilerin en azından adil bir ücretle ayırım gözetmeksizin eş değerde işler için eşit ücretlendirme; Sözleşme hükümlerine uygun olarak kendileri ve aileleri için insanca bir yaşam düzeyi sağlayacak bir ücret düzeni; güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları; kıdem ve yeterlilik dışında hiçbir koşula bağlı olmaksızın işinde uygun bir düzeye yükselmek üzere eşit ilerleme fırsatı; dinlenme, boş zaman ve makul çalışma süresi ve ücretli dönemsel tatillerle, resmi tatillerde ücret verilmesini sağlayacak adil ve elverişli çalışma koşullarından herkesin yararlanma hakkını tanınmaları öngörülmüş; 8. maddesiyle ise, sendika kurma hakkı, sendikaya üye olma hakkı, sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı, sendikaların ulusal federasyon ya da konfederasyonlar kurma ve konfederasyonların uluslararası sendika örgütleri oluşturma ya da bu örgütlere üye olma hakkı tanınmıştır.

Söz konusu 7. maddedeki amaçların gerçekleşmesi ancak 8. madde de herhangi bir sınırlama getirilmeden tanınan sendikalaşma hakkı ile mümkündür. Söz konusu baraj koşulu ile bırakın yeni sendikalar kurulmasını mevcut sendikalar kapanacak işçiler sendikası kalacaktır. Bu nedenle iptali istenen düzenlemeler Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Uluslararası Sözleşmesinin 7 ve 8. Maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (22/1) maddesinde, herkesin başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahip olduğu; bu hakkın, herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerdiği belirtilirken, 26. Maddesinde, herkesin yasa önünde eşit ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İşkolu barajı kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 22/1 ve 26. maddesine aykırıdır. İptali istenen düzenleme ile 49 yıldan bu yana toplu sözleşme yapma yetkisi olan birçok sendika ilk etapta bu yetkisini kayıp edecektir. Bu sendikaların üyeleri Anayasanın ve Sözleşme'nin tanıdığı sendikal hak ve özgürlüklerini koruyamayacaklardır. İşkolu barajı, Anayasanın 10. maddesi ile getirilen eşitlik ilkesini farklı bir biçimde düzenleyen Sözleşmenin "Herkes Yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir" düzenlemesine de aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (11/1) maddesinde, "Herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma hakkı vardır. Bu hak, yine herkesin çıkarlarını korumak amacıyla, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir." denilmiştir.

Emek gücünden başkaca satacak hiçbir şeyi olmayan işçiler korunması olması gerekirken, işverenlerin baskısı ile sendikasızlaştırmayı gerçekleştirmek, sendikaların kurulmasını engellemek için iş kolu barajı düşürülüyor görüntüsü altında baraj sürekli kılınarak, mevcut sendikalar baraj altında kalmakla yüz yüze bırakılmıştır. İş kolu barajının varlığı, Sözleşmenin (11/1) maddesindeki, "herkesin çıkarını korumak amacıyla sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir" kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. Bölüm 5. maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde örgürlenme özgürlüğüne hakkı vardır." denilirken; 6. maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların toplu pazarlık hakkı vardır." denilmiş; 2. Bölüm 5. maddesi, "Sözleşmeciler taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma yada bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak yada geliştirmek üzere, ulusal yasaların bu özgürlüğü zedelemesini yada zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi üstlenir." şeklinde kurallaştırılırken; 6. maddesi, "Toplu Pazarlık Hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere Sözleşmeciler Taraflar ;

1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi;

2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların yada çalışan örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemi geliştirmeyi,

3. İş uyuşmazlıklarının çözümünü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi üstlenir ve

4. Çıkar çatışması durumunda çalışanların ve çalışanların yürürlükteki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanıır.” şeklinde kurallaştırılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Medeni Milletler Toplumunun bir üyesi olmak amacındadır. Buradan anlaşılması gereken, insanın sırf insan olmasından ve eşit ve özgür yaratılmasından dolayı kendisini gerçekleştirebilmesi için üzerindeki siyasal, ekonomik, toplumsal her türlü baskıyı kaldırarak kendini toplum içinde huzurlu, mutlu, güvenli, endişesiz, kaygısız hissedebilecek bir toplum kurmak ve bu toplumu kurarken aklı, bilimi, mantığı, adaleti, eşitliği, hakkaniyeti egemen kılmaktır. Bunun için aynı çıkarları taşıyanların diğer çıkar gruplarının haklarına zarar vermeden örgütlenmeleri ve birlikte güç doğar mantığı ile hak aramaları çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletlerinde temel bir ilkedir. Bu nedenle nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan emek gücünü satarak çalışanların örgütlenmeleri esas olup, bu örgütlenmelerin, örgütlenme özgürlüğünün özüne gereksiz yere aşırı sınırlamalar getiren düzenlemeler uluslararası hukuk bağlamında geçerli değildir. Bu nedenle Avrupa Sosyal Şartı sendika, toplu pazarlık ve grev haklarını her hangi bir sınırlama getirmeden tanımıştır. Ancak işkolu barajı sendika kurma, sendikaların varlığını koruma ve sürdürme hakkını yasal yoldan ortadan kaldırdığı gibi, işkolu barajını geçemeyen sendikaların toplu sözleşme yetkisi ile grev haklarını ellerinden alarak hem bu sendikaları dernek, sendika üyelerini de dernek üyesi durumuna dönüştürmüştür. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Avrupa Sosyal Şartı'nın yukarıda yer verilen hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (İLO) 87 Sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin;

1. maddesi, “Hakkında bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi aşağıdaki hükümleri yerine getirmeyi üstlenir.”

2. maddesi, “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olma hakkına sahiptir.”

3. maddesi, “1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iş yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

2. Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınılmadırlar.”

5. maddesi, “Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, federasyon yada konfederasyon kurma ve bunlara üye olma ve her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslararası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma hakkına sahiptirler.”

8. maddesi, “1-Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar.

2- Yasalar, bu Sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz.”

11. maddesi, "Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür."

Kurallarına amirdir.

ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesinin 1., 2., 3/ 1 ve 2, 5., 8. 8/ 1 ve 2, 11. maddeleri açıktır. Çalışanların ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve kollamak, geliştirmek için sendika (Birlik, union, koalisyon, örgütlenme) hakları vardır. Bu hakların kullanılmasında taraf devletler sınırlayıcı değil, kolaylaştırıcı önlemler getireceklerdir. 8. maddenin ikinci fıkrasında açıkça yer alan "Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz" ve 11. maddede yer alan "Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür" düzenlemeleri bu hususu ortaya koymaktadır. Türkiye gibi gelir adaletsizliğinin çok büyük boyutlarda olduğu, kayıt dışı ekonominin kayıt içi ekonomiyi geçtiği, üstelik yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden altısının sendika üyesi olduğu herkes tarafından bilinmesine rağmen, sendikalaşmayı engellemek ve 50 yıldır var olan sendikaları kapatmak ve işlevsizleştirmek amacı ile getirilen önce işkolu ve sonra işyeri ve işletme barajları, 87 sayılı Sözleşmenin hem tamamının lafına, özüne ve ruhuna aykırılık taşımaktadır.

ILO'nun Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik 98 sayılı Sözleşmenin 4. Maddesi,

1. maddesi, "1. İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine helal getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.

2. Böyle bir himaye bilhassa, Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak.

Bir sendikada üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakatı ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızzar etmek; maksallara müteallik hususlarda uygulanacaktır."

2. maddesi, "1. İşçi ve işveren teşekkülleri, gerek doğrudan doğruya, gerek mümessilleri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerine müdahalede bulunmalarına karşı gerekli surette himaye edileceklerdir."

4. maddesi, "Çalışma şartlarını kolektif mukavelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirebilmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır."

Şeklindedir.

Sendika Kurma, Toplu Pazarlık ve Grev Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler Arasında Olup, ILO'nun Söz Konusu Haklara İlişkin 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeleri'ne ilişkin Doktrin Görüşleri aşağıda sunulmaktadır :

Evrensel ölçekte sendika kurma, örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakları; "ikinci kuşak" insan hakları olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar

kapsamında olup; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "temel insan hakları sözleşmeleri" olarak nitelendirilen 8 sözleşmesi arasında yer almaktadır ((Mesut, Gülmez. 2005. "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar". Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı.4, s.37 - 38).

ILO'nun 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'nin 4. Maddesi şu şekildedir:

"Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır". Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddenin ortaya çıkışını tarihsel seyri içinde ele aldıktan sonra maddeyi şu şekilde yorumlamaktadır:

"98 sayılı Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde güdülen temel amaç, sendikacılık eyleminin, işverenlerin ya da örgütlerinin çalışan örgütleriyle toplu pazarlığa girişmekten sistemli biçimde kaçınmaları sonucu kötürümleşmesini önlemektir. Hükümet ve kamu yetkililerinin bu amacı gerçekleştirci doğrultuda, gönüllü (isteğe bağlı) toplu pazarlık sürecini kısıtlayıcı değil geliştirici bir tutum izlemesi, ancak bunu yaparken de tarafların toplu sözleşme bağutlama özerkliğine dokunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, toplu pazarlık yönteminin geliştirilmesini amaçlayan önlemlerin, çalışma ilişkilerinin toplu düzeyde işlerlik kazanmasına, çalışma koşullarıyla ekonomik ve toplumsal durumlarını özgür iradeleriyle üretecekleri kurullarla ve kamudan gelebilecek her türlü karışmadan uzak biçimde düzenlemelerine olanak verilmesi gerekir.

Öte yandan gerektiğinde "ulusal koşullara uygun önlemler" alınmasından söz edilmiş olması, Sözleşme'nin temel amaç edindiği gönüllü toplu pazarlığı geliştirme ve yaygınlaştırma ilkesini kısıtlayıcı düzenlemeler yapılmasına olanak vermez ... Sözleşmenin 4üncü maddesi, geliştirilmesini zorunlu tuttuğu gönüllü toplu pazarlığın taraflarını, birey olarak çalıştıranlar ya da çalıştıran örgütleri ile çalışan örgütleri biçiminde saptamıştır. Toplu pazarlığın çalışan (işçi) tarafı için birey olarak çalışanlara değinmeyen Sözleşme, çalışan örgütlerinin nitelik ve düzeyi yönünden de herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla çalışan örgütlerinin alt yada üst düzey örgütleri olmaları yada işletme, işyeri ve işkolu temellerine dayalı olarak kurulumuş bulunmaları yönünden hiçbir ayırım gözetmemiştir". (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.366-377).

Prof. Dr. Mesut Gülmez'in 2822 sayılı Yasa'ya ilişkin yaptığı değerlendirme, 6356 sayılı Kanun bakımından da güncel ve geçerlidir: "Çünkü yasa koyucunun bu alandaki karışması, sendika hak ve özgürlüğünün en temel yönlerinden birini oluşturan toplu pazarlık hakkını kısıtlamaktadır. Oysa bu karışma, daha önce vurgulandığı gibi, toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olmak zorundadır" (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.440).

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut ise 6356 sayılı Kanunu uluslararası normlara uyum bakımından incelediği makalesinde, ILO'nun toplu iş sözleşmesi yetkisine ve işkolu barajına ilişkin Türkiye'yi eleştirdiğine ve değişiklik talep ettiğine işaret ederek; "Bazı işkollarında % 1 oranının sağlanamaması sendikal örgütlenmenin içinde bulunduğu durumu gösterirken, aynı zamanda bu oranın ülkemiz gerçeklerine uygun olmadığını da ortaya

koymaktadır” tespitini yapmıştır (Gülsevil Alpagut. 2012. “6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi- Uluslararası Normlara Uyum”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. Cilt 9. Sayı 35. s.36,39).

Daha önce belirttiğimiz üzere toplu pazarlık usulünü teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde alınacak önlemlerin, gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine uyumlu ve toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olması gerektiği gibi; milli şartları da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Prof. Dr. Gülsevil Alpagut'un isabetle işaret ettiği üzere yüzde 1 işkolu barajı, ülke gerçeklerine, bir başka deyişle milli şartlara uygun değildir. Bu yönüyle de gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine aykırı ve toplu pazarlığı güçleştirici bir sınırlama getirmektedir.

Prof. Dr. Toker Dereli ise 6356 sayılı Kanunu değerlendirdiği makalesinde, işkolu barajının yüzde 10'dan yüzde 3'e çekilmesine ilişkin olarak, “Oysa ILO organlarının içtihatlarına göre, çalışanların toplu pazarlık hakkını kısıtlayan işkolu ya da ulusal düzeydeki sayısal temsil koşulları örgütlenme ve toplu pazarlık özgürlüklerine aykırıdır... İşkolu barajındaki bu indirimle rağmen sendikacılığımız ve ILO ilkeleri yönünden işkolu barajının önemi devam edecektir” dedikten sonra, yeni Kanunun öngördüğü baraj sisteminin çok sayıda sendikayı toplu sözleşme ehliyetinden mahrum bırakacağına işaret ederek, “Ulaşılan bu vahim noktada öteden beri asgari işkolu barajının kalkmasını savunan uluslararası ve ulusal çevrelerin ne kadar haklı olduklarının artık teslim edilmesi gerekir” tespitini yapmıştır (Toker, Dereli. 2013. “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme”, Çalışma ve Toplum, Sayı 36, ss.56-57).

Dolayısıyla ILO Sözleşmeleri ve ILO denetim organlarının görüş, gözlem ve eleştirilerine göre oranından bağımsız olarak tümüyle kaldırılması gereken işkolu barajının, yüzde 10'dan yüzde 3'e ve oradan da 1'e indirilmiş olması, ILO Sözleşmeleri ve normlarına uyum sağlandığı anlamına gelmemektedir.

Yukarıda alıntılanan tespitin 1989-2007 yılları arasında 19 yıl boyunca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ILO Aplikasyon Komitesi Hükümet Sözcüsü görevini de yürüten sayın Prof. Dr. Toker Dereli tarafından yapılmış olması ayrıca önemlidir. ILO Konferanslarına yıllarca katılan, ILO denetim organlarının Türkiye'deki sendikal mevzuata ilişkin tespitlerini yakından bilen ve Hükümet adına ILO'nun eleştirilerini yanıtlayan Prof. Dr. Toker Dereli, sendikal mevzuatta değişikliğin öngörüldüğü süreçte, 2008 yılında yazdığı bir makalede, o dönem işkolu barajının tümüyle kaldırılmasını öngören taslağı olumlu bulduğunu belirtmiş; ILO Sözleşmeleri'ne uyumun ancak ve ancak işkolu barajının tümüyle kaldırılması ile mümkün olacağını şöyle vurgulamıştır:

“Toplu iş sözleşmesi yetkisi için 2822 sayılı Yasa'da mevcut, iş kolunda %10 temsil koşulunun kaldırılması 98 sayılı sözleşme ile uyumludur.

Bilindiği gibi bu baraj ILO'nun 1980 li yıllardan bu yana, AB'nin de birkaç yıldır en fazla eleştirdiği konuların başında gelmekteydi. Ancak bu kez de yetki için ilgili sendikaların belli özellikleri olan bir konfederasyona üye olması ön koşulunu, ILO'nun yine 98 no'lu sözleşmeye aykırı bularak eleştirme olasılığı yüksektir. Nitekim Uzmanlar Komitesi'nin 2007 yılına ilişkin gözlemlerinde Bulgaristan böyle bir düzenleme nedeni ile 98 sayılı sözleşme bağlamında eleştirilmiştir. Aplikasyon Komitesi'ndeki işçi ve işverenlerin grup sözcüleri Bulgaristan'da bir sendikaların iş kolu düzeyinde toplu sözleşme yapabilmesi için bir konfederasyona üye olması koşulunun kabul edilemez olduğunu, hükümet temsilcileri karşısında vurgulamışlardır. Kaldı ki, bu koşulun Türkiye'de işyeri veya işletme yetkisi için getirilmesi konuyu eleştiriye daha da açık hale getirebilecektir.

Benzer bir düzenlemenin Belçika'da var olduğunu biliyoruz ve bu düzenlemeyi savunma yapmak da güçtür. Bilindiği gibi Belçika'da bu koşullarla birlikte çok katmanlı ve geniş kapsamlı toplu sözleşmeler yapmaya olanak sağlayan esnek bir toplu pazarlık yapısı mevcuttur. Bu nedenlerle Türkiye için ILO'yu ve AB'yi tatmin edecek alternatif, ön barajı tamamen kaldırmak, işyerinde yarıdan bir fazla çoğunluk koşulunu muhafaza etmek, yani 275 sayılı Kanun'un sistemine dönmek olabilir. (Toker Dereli. 2008. "ILO ve AB Normları Açısından 2821 ve 2822 Sayılı Kanunlar". İşveren Dergisi. Haziran 2008)

Benzer bir tespit, 1991-2000 yılları arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Danışmanı olarak görev yapan, 1991-2003 yılları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansları'na "Hükümet Danışmanı" sıfatı ile katılan Prof. Dr. Savaş Taşkent tarafından da yapılmıştır. Prof. Dr. Savaş Taşkent, bir sempozyumda yapılan tartışmalar sırasında, daha önce yüzde 10 barajını savunduğunu ancak görüşünü değiştirdiğini belirterek şu tespitleri ifade etmiştir:

"...Değinmek istediğim ikinci ve çok önemli bir sorun % 10 barajı. Değerli arkadaşım % 10 barajının hala uygulama alanında olması, örgütlenme açısından yararlıdır dedi. Pratikte problemler yarattığını kabul ediyorum dedi ama, objektif olarak böyle bir baraj güçlü sendikacılık açısından gereklidir. Ben de uzun yıllar bunu savundum ama artık 2000'li yıllara gelirken düşünüyorum; 16 yıl devlet desteği yetmez mi diyor. Bir yandan diyoruz ki sendikalar üzerinde devlet etkili olmasın, sendikalar özgürlüğü devletten bağımsızlığı gerektirir. Ama 16 yıllık bir uygulamadan sonra hala diyeceğiz ki, sendikacılar bir araya gelsinler, birleşsinler ki, işverenler karşısında güçlü olsunlar, bunun için devlet ağırlığını koysun. İşte bu noktada artık ben görüşümü değiştirdim, değiştirmemin bir de uluslararası boyutu var. Şimdi sayın Kutal hocam belirtti; ay sonunda Haziran başında uluslararası çalışma teşkilatının Cenevre'de yine toplantısı var. Türkiye uzun yıllardan bu yana bu % 10 barajı yüzünden gündemde. Önceleri bunu pek yadırgamıyordum ama değerli arkadaşlarım, giderek insanın kanına dokunur hale geldi. Size şimdi isim vereceğim hangi ülkeler yüzünden şu % 10 barajı yüzünden gündeme alıyoruz. Kolombiya, Hırvatistan, Malezya, Endonezya, adını bile bilmediğimiz Mirimmar, nerede olduğunu ben de bilmiyorum, bu ülkelerle birlikte % 10 barajını kaldırmadığımız için uluslararası platformda Türkiye olarak son derece zor bir durumda kalıyoruz, hesap vermek zorunda kalıyoruz ve bunu da, politika açısından bakarsak, Yunanlı kişiler, orda bulunan ve diğerleri büyük bir zevkle destekliyorlar, Türkiye gündeme alınıyor. Her iki durumda hem ulusal, 16 yıllık devlet desteği artık yeterlidir, sendikacılarımız, işçilerimiz kendileri birleşmenin güçlülüğü getireceğini görsünler, ikincisi de bu yüzden artık Türkiye hesap vermek durumunda kalmamız, hesap vereceği zaten çok konular var, 158 bunun başında geliyor. O nedenle % 10 barajının kaldırılmasının artık yararlı olacağını düşünüyorum. Teşekkür ederim" (Savaş Taşkent. 1999. "1.Gün 2. Oturum Tartışmalar" Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. ss. 104-105).

Benzer bir yakınma, 1993, 1994 ve 1998 yıllarında ILO Konferanslarına "Hükümet Danışmanı" sıfatı ile katılan Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından da yapılmıştır: "Uluslararası sözleşmelerin uygulanmaması konusunda en fazla sıkıntıları çekenlerden birisi de benim. Çünkü sayın Kutal hocamla, sayın Toker Dereli hocamla, sayın Ulucan'la, sayın Savaş Taşkent'le ILO toplantılarına katıldığımızda biz hesap vermek zorundayız". Savaş Taşkent. 1999. "2.Gün 2. Oturum Tartışmalar" Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. s.225).

ILO'nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi'nin 2. maddesi şu şekildedir:

“Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.”

Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddeyi yorumlarken, “seçtikleri örgütleri kurma ve bu örgütlere üye olma hakkı”nı şu şekilde açıklamaktadır:

“Sendika özgürlüğünün temel öğelerinden birini oluşturan bu ilke, çalışanların sendikaların yapısını ve bileşimini özgürce belirleme hakkı yanısıra, çeşitli (işletme, işkolu ve ulusal) düzeylerde bir ya da birden çok örgüt kurma ve bunlardan birine üye olma hakkını da kapsar. Böylece 87 sayılı Sözleşme, birçok ülkede geçerli olan “sendika çokluğu” ve dolayısıyla “sendika seçme özgürlüğü” ilkesini benimsemiştir. Bu nedenle de, işletme yada ulusal düzeylerde, çalışanların çeşitli sendikal örgütler arasında seçme yapmasına olanak vermeyen ulusal düzenlemeler, Sözleşme’ye aykırı düşecektir” (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.172).

Ayrıca Prof. Dr. Mesut Gülmez, 2822 sayılı Yasa’ya ilişkin yaptığı değerlendirme, işkolu barajı ve işyeri/işletme barajının ILO’nun 87 sayılı Sözleşmesi’nin 2. maddesine aykırı olduğunu açıkça vurgulamıştır.

“Öte yandan, yasanın aradığı iki aşamalı çoğunluk koşulu, 87 sayılı Sözleşme’de güvence altına alınan “çalışanların seçtikleri örgütleri özgürce kurma ve onlara üye olma hakkı”nı olumsuz yönde etkilemek, daha açık bir deyişle sendika sayısını yasa koyucunun karışmasıyla, zoruyla azaltmak amacına yöneliktir. Oysa denetim organları, değiştirdiğimiz kararlarında bölünmüş, güçsüz ve sayıca çok bir sendikacılık yanlısı olmadıklarını açıklamakla birlikte, bunun yasalarda öngörülen zorlayıcı kural ve koşullardan ileri gelmesine karşı çıkmıştır. Dolayısıyla 2822 sayılı yasanın bu kuralı, gönüllü toplu pazarlığın geliştirilmesi ilkesine aykırılığı yanısıra, sendikaların toplu pazarlık yoluyla üyelerinin çıkarlarını koruyup geliştirme hakkına getirilmiş bir kısıtlamadır. Ve 87 sayılı Sözleşme’nin güvence altına aldığı “çalışan örgütlerinin etkinliklerini düzenleme ve eylem programları oluşturma hakkı”na aykırıdır”. (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.441).

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini yalnızca işkolu düzeyinde kurulmuş ve Kanunun öngördüğü baraj şartlarını yerine getirmiş sendikalara tanımaktadır. Bu yönüyle sendikaları, işçilerin kurduğu ve üye olduğu diğer her türlü örgütten, dernekten, vakıftan, sandıktan, kurum ya da kuruluştan ayıran en önemli husus, “toplular iş sözleşmesi” yapabilmeleridir. Öte yandan 6356 sayılı Kanun “grev hakkı”nı yalnızca toplu iş sözleşmesi sürecinde yaşanan anlaşmazlık halinde tanıdığı için, Kanun’a göre, yasal bir grevi ancak ve ancak toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan ve bu ehliyetini bir işyeri da işletmede yetki alarak somut olarak yaşama geçirmiş, Kanunun öngördüğü prosedür ve usul içinde toplu sözleşme görüşmelerinde anlaşmazlık çıkması halinde kullanacak olan Sendikalara tanımıştır. Kısacası, 6356 sayılı Kanuna göre, işkolu barajı şartını yerine getirmek, sendikaların toplu sözleşme ve grev yapabilmelerinin ön koşuludur.

Bu yönüyle, iptali istenen yüzde bir şartını karşılamayan sendikalar, bir sendikayı sendika yapan, diğer örgütlerden ayıran en önemli işlevlerinden, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkından mahrum bırakılmaktadır. Eski Türk-İş Genel Başkanlarından Halil Tunç’un ifadesiyle, “Toplu iş sözleşmesi hakkından, grev hakkından yoksun bir sendikacılık hareketine, sendikacılık hareketi demeye imkan yok. Çünkü toplu sözleşmeler,

sendikaların şah damarıdır. Şah damarı olmadan bir hareket başarılı olamaz. Toplu sözleşmeyi sınırladınız mı, toplu sözleşmeyi kaldırdınız mı sendikaların şah damarını kesmiş sayılırsınız. Onun için iki müesseseyi birlikte mütalaa etmek gerekir. Sendikacılığın var olduğu yerde sözleşme vardır. Sözleşmenin var olduğu yerde sendikacılık vardır” (aktaran Murat Özveri. 2013. Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009). Legal Kitabevi. İstanbul. s.118).

Bu bağlamda iptali istenen düzenlemeler, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla bağdaşmadığından Anayasa’nın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6552 Sayılı Kanun’un 21. Maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1’in Anayasaya Aykırılığı

6356 sayılı Kanuna eklenen ek 1. maddeyle, 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları ile 43. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde bir üye şartının, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanacağı kurallastırılmaktadır.

6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin birinci fıkrası, “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, ... toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” şeklinde kurallastırılırken; beşinci fıkrası “Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. ...” şeklinde kurallastırılmış; 43. maddesinin ikinci fıkrasında, “...Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.” denilirken; dördüncü fıkrasında ise, “... Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.” denilmiştir.

11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun’un 2. maddesine göre, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Ekonomik ve Sosyal Konseyin üyesidir.

İptali istenen düzenlemeye göre, Bakanlıktan “Yetki Belgesi” nin alınmasında, toplu sözleşme yapılmasında, mahkemelere yetki itirazında bulunulmasında ve mahkemenin açılan davaları işçi sendikası, işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildirmesinde, Ekonomik Sosyal Konseye üye Türk-İş, Hak-İş ve DİSK üyesi sendikalar için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde biri barajı uygulanacak, bu üç konfederasyonun üyesi olmayan işçi sendikaları için ise en az yüzde üçü barajı uygulanacaktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre Türkiye’de yukarıda sözü edilen üç işçi sendikası konfederasyonu dışında 21.5.2014 tarihinde kurulmuş Aksiyon İşçi Sendikaları Konfederasyonu ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan 70 tane bağımsız işçi sendikası vardır. Dolayısıyla bunların yetki belgesi alması, yetki itirazında

bulunması ve toplu sözleşme imzalayabilmesi için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyeleri olması gerekecektir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kanun koyucu Anayasaya ve hukukun evrensel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve dolayısıyla kamu yararını takdir etmek yetkisine sahip olmakla birlikte, kamu yararı dışında bireylerin ya da grupların çıkarlarını gözeterek düzenleme yapması düşünülemez. Kanunların ilke olarak genel ve nesnel olmaları gereğini ifade eden “kanunların genelliği ilkesi” ise hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden sapıtıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in, üç ayda bir Başkanın daveti ile olağan toplanacağı; Başkanın daveti veya Başbakanca belirlenecek olanlar dışında kalan temsilcilerin üçte birinin yazılı istemleri üzerine olağanüstü toplanabileceği belirtilmesine; 11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Kanunla hukuk sistemine giren Ekonomik ve Sosyal Konsey, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle Anayasanın 166. maddesine dördüncü fıkra olarak eklenip, Anayasal bir statüye kavuşturulmasına rağmen, en son 5 Şubat 2009 tarihinde toplanmış; o günden bu yana yaklaşık beşbuçuk yıldır toplanmamıştır.

Anayasal bir organizasyon olmasına rağmen kanun koyucunun, 5 Şubat 2009 tarihinden itibaren toplanmayan ve dolayısıyla siyasi iktidarın işlevsel görmediği bir organizasyona üyeliği esas alarak, yasayla Konsey'e üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikaların ve dolayısıyla sendikalar üyelerinin lehine, üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ile herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalar ve üyelerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde düzenleme yapmasının adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyummadığı ve kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmadığı açık olduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilerek genel kural ortaya konuşmuş; dördüncü fıkrasında kişi, aile, zümre veya sınıfa imtiyaz tanınması yasaklanmış; beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmekle yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde öngörülen “Kanun önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal

eşitlik öngör÷lmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Anayasada öngör÷len eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağı tutulması gerekir.

Hukuksal durumları aynı olan işçi sendikaları arasında, Ekonomik ve Sosyal Konseye yasayla üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikalar lehine ayrımcılık yapılması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinin birinci fıkrasında, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” kuralına yer verilmiştir.

İşçi sendikalarının kuruluş amacı, üyelerinin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmaktır. Toplu iş sözleşmesi yapmak sendikaların varlık nedenidir. Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye sendikalara en az yüzde bir barajı getirilirken, Konsey üyesi olmayan konfederasyonların üyesi sendikalarla herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalara en az yüzde üç barajı getirilmesi, Konseye üye olmayan konfederasyon üyesi sendikalarla üye sendikaların toplu sözleşme yapma hakkı elde etmek ve yapabilmek için Konsey üyesi konfederasyonlara üye olmaya zorladığından, iptali istenen düzenlemeler, “sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma” özgülüğüyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 Sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır.

6) 6552 sayılı Kanunun 38. Maddesi ile Değıştirilen 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesindeki “... ve vekaletname ibrazı ...” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değıştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumunu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. Hukuk Müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesinin Kurumca yazılı olarak veya elektronik ortamda Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verileceğı ve Listede isimleri yer alanların Baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri hükümlerine yer verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında, avukat stajyerlerine staj süresince Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceğı; ikinci fıkrasında, ödenecek kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğı vekaletnelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri ile geri ödemededen gelen paralar ve bunların gelirleri olduğı; üçüncü fıkrasında, avukatlarca vekaletname sunulan mercilerin, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul etmeyecekleri ve gerektiğinde ilgiliye on günlük süre vererek bu süre içinde de pul tamamlanmadıkça vekaletnamenin işleme konulmayacağı; dördüncü fıkrasında, kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, meslektaşlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılacağı belirtilirken; aynı Kanuna 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen 27/A maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve

dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı Avukatlık Kanununun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulduğu; ikinci fıkrasında, kurulan fondan yapılacak harcamaların esas ve usulleri ile diğer hususların Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve Adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

Avukatlara barolarca yardım yapılmasının tarihsel süreci ise şöyledir:

9.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinde, "Stajyerlere barolarca yardım yapılabilir. Bu yardımın şekil ve şartları Türkiye Barolar Birliğince belirtilir." denilerek, stajyer avukatlara barolarca yardım yapılmasının hukuksal alt yapısı 1969 tarihi itibarıyla oluşturulmuş; 1136 sayılı Kanunun 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun 14. maddesiyle yeniden düzenlenen 27. maddesiyle staj süresince avukatlara Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceği; kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olduğu; kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, avukatlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılması gerekeceği hukuk sistemimize girmiş; 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanuna eklenen 27/A maddesiyle ise, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı 1136 sayılı Kanunun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulmuştur. Devamında hazırlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği 30.9.2005 tarih ve 25952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, "avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak" avukatlık mesleğine kabul edilmenin şartları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla tüm avukatlar gibi Sosyal Güvenlik Kurumunun kadrolu avukatları da avukatlık stajı yaptıktan sonra mesleğe adım attığından en azından 1969 yılından itibaren barolardan yardım almışlar ve 2001 yılından itibaren kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan kredileri kullanmışlar ve 2005 yılından itibaren de ek olarak SGK primleri Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'ndan karşılanmış ve baro levhasına kayıtlı avukatlara sosyal yardımlar yapılmıştır.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun ek 1. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları zorunlu tutulmayıp isteklerine bırakılmakla birlikte; Türkiye Barolar Birliği kayıtlarına göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından kendi isteği ile baro levhasına kayıtlı yaklaşık 55 avukat bulunmaktadır. (EK:1)

13.12.2011 tarihli ve 28141 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 3. maddesinde üye, "Fon kapsamında bulunan sosyal yardımlardan yararlanabilecek kişileri" şeklinde tanımlanmış; 14. maddesinde, üyelerine bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak yardımlar Fon'un giderleri arasında sayılmış; 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, "Fon kapsamında sağlanan sosyal yardımlardan, belirlenecek usul ve esaslara göre avukatlar yararlandırılır." denilirken; (2) numaralı fıkrasında avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, çalışmayan avukat, çalışmayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, avukat stajyerleri, çalışmayan avukat ve çalışmayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları da yardım kapsamına alınmış; 17. maddesinde ise, Fon kapsamında yapılacak yardımlar, tedavi yardımları, geçici iş göremezlik yardımları, analık halinde geçici iş göremezlik yardımları, geçici gelir kaybı yardımı, olağandışı haller

nedeniyle yapılabilecek geçici iş göremezlik yardımı, sürekli iş göremezlik yardımı, büro- mesken hasarı yardımı, bakım yardımı, acil destek yardımı, cenaze yardımı, ölüm yardımı, münzam emeklilik yardımı şeklinde sıralanmıştır.

Bu kurallara göre, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanlar da kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonunun, Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 17. maddesinde sıralı yardımlarından yararlanmaktadır. Bunların baro levhasına kayıtları devam ettiği sürece Fon kaynaklarından yararlanacak olmaları, 1136 sayılı Kanunun 27/A maddesi ile Yönetmelik hükümlerinin gereğidir.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu kaynaklarından avukatlık stajı döneminde yararlanmış olan Sosyal Güvenlik Kurumu kadrolu avukatları ile Fonun kaynaklarından halen yararlanan ve ileride de yararlanmaya devam edecek olan Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhalarına kayıtlı kadrolu avukatlarının, vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları ve dolayısıyla avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedellerinden muaf tutulmaları, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğundan, iptali istenen ibare hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş; imtiyaz yasaklanmış ve Devlet organları ile idare bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymakla yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatları, staj döneminde Fon kaynaklarından yararlanmış, Fon'dan halen pul kullanan avukatlarla eşit şekilde hizmet alıyor ve almaya devam edecekken, vekaletname ibraz etmeme üzerinden pul kullanmadan muaf tutulmaları ve dolayısıyla Fon'a katkı sunmadan Fon kaynaklarından Fon'a katkı sunanlarla eşit şekilde yararlanmaları kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve imtiyaza yol açtığı için, iptali istenen ibare Anayasanın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki "... ve vekaletname ibrazı ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak, oluşabilecek Kurum alacağı tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ay geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabileceği; altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararının kendiliğinden kalkacağı ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunacağı; altı aylık süre sonuna kadar ödemesi durdurulan alacakların ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmeyeceği; ancak, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanununun 10. maddesinin birinci fıkrasının 2. ve 3. bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan Kurum üitesi tarafından kaldırılacağı ve Kurum nezdindeki alacaklarının ödeneceği kurallaştırılmıştır.

Düzenlemeyle, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumu nezdindeki muaccel (vadesi gelmiş) veya müeccel (vadeli, vadesi henüz gelmemiş) alacaklarının ödenmesinin, Kurum müfettişlerince yapılacak inceleme veya soruşturma esnasındaki tespitlerine dayalı olarak altı ay süreyle durdurulması, 6183 sayılı Kanuna göre teminat gösterilirse kaldırılması; inceleme ve soruşturma altı aylık sürede tamamlanamaz ise durdurma kararının kalkması öngörülmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kulan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Sağlık sunucusu hakkında müfettiş inceleme veya soruşturması esnasında bir takım tespitler yapılması ve yargı kararıyla kesinleşmemiş tespitlere dayanarak da Kurum alacağının riskli olduğuna karar verilerek muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacağın durdurulmasına dayanan tespitleri içeren incelemenin altı ayda sonuçlandırılıp bir rapora bağlanamaması durumunda durdurma kararının kalkacak olması ve alacağın tahsili için teminat öngörülmesi, sağlık hizmeti sunucularının hukuk güvenliklerini ortadan kaldırdığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Aynı maddede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 14. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin durdurulması, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde durdurulabileceği kuralına yer verilmiştir.

Para ile ifade edilen her türlü alacaklar mülkiyet hakkının kapsamında bulunmakta ve mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı vermektedir.

Ortada bir yargı kararı olmadan müfettiş incelemesine dayalı olarak, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumundan olan muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacaklarına kavuşmalarının müfettiş incelemesinin altı ay içinde tamamlanıp rapora bağlanamaması ve teminat gösterilmesi şartlarına bağlanması, kişilerin mülkiyet hakkının Anayasanın 14. Maddesinde öngörülmemiş bir surette durdurulması sonucunu doğurduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 14. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasanın 2. 14. ve 35. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılamayacağı; söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacağı; sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyeceği hükümleri getirilmiştir.

Düzenlemede idari karar dayalı sözleşmenin feshi ile yargı kararına dayanan sözleşmenin feshi arasında hiçbir ayırım gözetmeden düzenleme yapılmıştır.

Kurum, hukuka uygun veya uygun olmayan herhangi bir sebebe dayalı olarak, tek taraflı bir şekilde ve işlemi yargı denetiminden geçmeden önce sözleşmeyi feshedebilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde “hukuk devleti” ilkesine yer verilirken; 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti yasaların adaletli, hakkaniyetli ve kamu yararına olmasını gerektirir.

Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusunun, idari işleme karşı dava açma süresi geçmeden veya sözleşmenin feshinin haklı bir nedene dayandığı ve hukuka uygun olduğu yargı kararıyla kesinleşmeden, tek taraflı tahakkuk

ettirilen Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden yeni bir sözleşme yapılmamasını öngören düzenleme hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasanın 38. maddesinde suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine yer verilmiştir.

Sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacak ve sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyecek olması, Anayasanın 38. maddesinde kurallaştırılan suçların ve cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

8) 6552 Sayılı Kanunun 61. Maddesiyle 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Eklenen Geçici 57. Maddenin Birinci Fıkrasındaki, "... ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez ..." ifadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasıyla, 5510 sayılı Kanunun 8. maddesinin üçüncü fıkrasındaki sigortalı işe giriş bildirgesini, 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9. maddenin üçüncü fıkrasındaki işyeri bildirgesini, 11. maddenin üçüncü fıkrasına göre işverenin iş yeri bildirgesini, altıncı fıkrasına göre ise valilik ve belediyeler ile yapı ruhsatı vermeye yetkili diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin istihdama ilişkin bilgileri yasal süresi içinde Kuruma bildirme yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, geçici 57. maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde, yasal süresinde yerine getirmiş sayılacakları ve idari para cezası uygulanmayacağı; bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezalarının, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edileceği; ancak tahsil edilmiş tutarların red ve iade veya mahsup edilmeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Düzenleme kısaca, 5510 sayılı Kanundan kaynaklanan bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlerin, 6552 sayılı Kanunun 61. maddesinin yürürlüğünden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde; 5510 sayılı Kanuna göre uygulanması gereken idari para cezalarının uygulanmamasını, daha önce idari para cezası uygulanmış olanlardan, yükümlülerince ödenmemiş olan idari para cezalarının kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilirken, yükümlülerince ödenmiş olanların ise red ve iade veya mahsup edilmemesini öngörmekte ve dolayısıyla idari para cezasını ödemeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler affedilerek yasalara uyulmaması teşvik edilirken; para cezasını ödeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirenler affedilmeyerek, yasalara uyulması cezalandırılmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesine yer verilmiştir. 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasakoyucu Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasa ile hukukun üstün kurallarına bağlı kalmak koşuluyla istediği alanda ve istediği içerikte kanun çıkarma yetkisine sahip olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesi gereğince adil ve hakkaniyete uygun bir hukuk düzeni kurmakla da yükümlüdür.

Hukuksal durumu aynı olanlardan yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler af kapsamına alınarak yasalara uymama teşvik edilirken; yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin af kapsamına alınmayıp yasalara uymanın cezalandırılması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığından, iptali istenen ifade, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu maddede yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlere 5510 sayılı Kanuna göre idari para cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla idari para cezası uygulananların hukuksal durumları aynıdır. Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmaması ve dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanların farklı kurallara tabi tutulması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasındaki, "... ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez ..." ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 6552 Sayılı Kanununun 64. Maddesiyle 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkradaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davanın Kuruma resen ihbar edileceği; ihbar üzerine Kurumun davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılacağı ve yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi Kurumun kanun yoluna başvurabileceği kuralı getirilmektedir.

Düzenlemeye konu oluşturan hizmet tespiti davası, sigorta bildirim yapılmadan çalıştırılan işçinin, sigortasız geçen sürelerini sigortalı hale getirebilmek için görevli ve yetkili iş mahkemelerinde, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla açtığı davadır.

Nitekim, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında, işverenin bir ay içinde çalıştırdığı sigortalı ile sosyal

güvenlik destek primine tabi sigortalıların; ad ve soyadları ile T.C. kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuş; dokuzuncu fıkrasında ise, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." kuralına yer verilmiştir.

Hizmet tespit davası işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmakta olup, üç ana koşulu bulunmaktadır. Bunlar;

- Sigortasız çalıştırma,

- Çalışmanın işverence Kuruma bildirilmemiş veya Kurumca saptanmamış olması,

- Davanın beş yıl içinde açılması.

Hizmet tespit davalarının temelinde, kayıtdışı ekonomi ve kayıtdışı istihdam yatmaktadır. İşverenin çalışanlarına ve Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı olan yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun da gerekli denetimleri yapmaması veya yapmakta yetersiz kalması nedeniyle bu davalar açılmak durumunda kalmaktadır. Hizmet tespit davalarının davacılarını ise, toplumun yoksul ve korunmaya muhtaç emeğiyle geçinen ücretli kesimi oluşturmaktadır. Öyle ki, gelir düzeyi bakımından toplumun en alttakilerini oluşturan bu kesimi, yasal haklarını ve başvuracakları makamı bilememenin yanında bazı durumlarda kayıtdışı çalıştırıldıklarını bile bile resmi işsizliğin yüzde onlarda seyrettiği ülkemizde işsiz ve dolayısıyla gelirsiz kalma korkusuyla yasal haklarını dahi arayamamaktadır.

Getirilen düzenleme ile hizmet tespiti davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun dava edilen işverenle birlikte davalı olan yerine, dava edilen işveren yanında fer'i müdahil olması öngörülmekte; hukukumuzda fer'i müdahilin tek başına kanun yollarına başvurma hakkı yokken, yanında fer'i müdahil olduğu işveren başvurmasa dâhi Sosyal Güvenlik Kurumuna kanun yoluna başvurma hakkı tanınmaktadır.

Mahkemelerde iddia (tez) ve savunma (antitez)'nin nasıl ve hangi usul kurallarına bağlı yapılıp karara (sentez) nasıl varılacağına ilişkin kural ve süreçler ile kanun yollarını konu alan yargılama/usul hukuku, yüzyılların birikimi ile şekillenip kurallaştırılmakta ve bir sisteme dayalı olarak kendi içinde bütünlük ve tutarlılık taşımaktadır. Tasarı ile öngörülen düzenleme usul hukukunun temel normlarıyla bağdaşmamakta ve sistem bütünlüğünü bozmaktadır. Çünkü madde ile bir yandan hizmet tespiti davalarının işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmasının önüne geçilerek Sosyal Güvenlik Kurumu'nun vekalet ücreti, bilirkişi ve tanık ücreti gibi yargılama masraflarından kurtarılması sağlanırken; diğer yandan açılmış davalara fer'i müdahil olarak katılmasına ek olarak usul hukukumuzda fer'i müdahile tanınmayan kanun yollarına başvurma hakkının Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınması yoluyla dava edilen işverenin hak ve yetkilerine sahip olması amaçlanmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer verilen "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kuran, ekonomik ve sosyal politikalarla çalışma hayatını geliştirerek çalışanları koruyan, kişilerin insan

onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adil dağıtımı için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren devlettir.

Anayasanın 60. maddesinde sosyal güvenliğin Anayasal bir hak olduğu belirtilmiş ve bunu gerçekleştirmek Devlete görev olarak verilmişken; sosyal güvenlik hakkını yerine getirmekle yükümlü Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hizmet tespiti davalarında işverenle birlikte davalı olmak yerine, işveren yanında fer'i müdahil olması ve usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken, Sosyal Güvenlik Kurumuna Devletin korumakla yükümlü tutulduğu toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimleri aleyhine fer'i müdahil olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınması, Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasanın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Burada güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayarak zararını tazmin edebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanma ve adil bir şekilde yargılanmadır.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." şeklinde kurallaştırılmış; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." denilerek, yargılamanın "makul bir sürede" sonuçlandırılması, adil yargılanma hakkının unsurları arasında sayılmıştır.

Usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınması, davanın sonuçlanmasını uzatarak toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarını sağlamayı amaçladığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 36. ve 141. maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 6552 Sayılı Kanunun 73. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, "... dava açmamarları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren ve 30.4.2014 tarihinden önceki dönemlere ait beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 2014 yılına ilişkin olarak 30.4.2014 tarihinden önce tahakkuk eden vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 30.4.2014 tarihinden önce yapılan tespitlere ilişkin vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarından; (b) bendiyle 30.4.2014 tarihinden önce çeşitli kanunlara dayanılarak verilen idari para cezalarından; (c) bendiyle Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince (a) ve (b) bentleri dışında kalan diğer kanunlar gereğince takip ve tahsil edilen adli ve idari para cezası, Devlet hissesi ve Devlet hakkı, şeker fiyat farkı, akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı, özel idare payı, madencilik fonu gibi asli ve fer'i kamu alacaklarından kesinleşmiş olup ve 6552 sayılı Kanunun yayımı tarihi itibarıyla vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan alacakların tamamı ile bunlara bağlı faiz, ceza faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i kamu alacakları yerine 6552 sayılı Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer'i alacaktan ibaret olması halinde fer'i alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın öngörülen sürede tamamen ödenmesi şartıyla alacaklara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer'i alacakların tahsilinden vazgeçileceği; (2) numaralı fıkrasında (1) numaralı fıkra kapsamına giren bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının %50'sinin ödenmesi durumunda kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiştir; (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ise "Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." denilerek, kişilerin maddede getirilen borcun yeniden yapılandırılması düzenlemelerinden yararlanmaları, idarenin karar ve işlemlerine karşı yetkili yargı mercileri nezdinde hak arama özgürlüklerini kullanmamaları, kullanmışlarsa vazgeçmeleri şartına bağlanmıştır.

Bilindiği üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134. maddesine göre ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla; 135. maddesinde yazılı vergi incelemeye yetkili olanlar tarafından yapılan vergi incelemesi sonucu veya takdir komisyonu kararı vb. yollarla re'sen ve ikmalen vergi tahakkuk ettirilip, usulsüzlük, özel usulsüzlük ve vergi cezaları kesilebilmekte; cezalı vergi tahakkuklarının hukuka aykırı olduğunu düşünen mükellefler, vergi mahkemelerinde dava açma yoluyla hak arama özgürlüklerini kullanabilmekte; açılan davaların yerel mahkemede karara bağlanması, temyiz, yargılamanın iadesi ve karar düzeltme gibi kanun yolları aşamasından sonra kesinleşmesi ise 5-6 yıla sirayet edebilmektedir.

İptali istenen düzenleme, bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan idari işlemle tahakkuk ettirilmiş borçlardan dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlarken, diğer yandan borçluları ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlan, ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekle ikilemi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Teknik ayrıntısına girmeden örneğin, 2011 yılında mükellefe re'sen veya ikmalen 2 milyon TL tutarında vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası tahakkuk ettirilmiş, mükellef bu işleme karşı yasal süresi içinde yetkili ve görevli vergi mahkemesinde dava açmış, ilk derece mahkemesinde davayı kazanmış; fakat idarenin kararı temyiz etmesi üzerine dosya Danıştay'a gelmiş ve kesin hükme bağlanmamış iken; 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla 2 milyon TL vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası toplamı, 1 milyon TL gecikme cezasıyla birlikte 4 milyon TL'ye çıkmış ve yukarıdaki 73. maddede öngörülen Yİ-ÜFE'ye göre borcun yeniden yapılandırılması sonucunda toplam 4 milyon TL

tutarındaki borç 2 milyon TL vergi borcu ve 350 bin TL Yİ-ÜFE farkı olmak üzere toplam 2 milyon 350 bin TL'ye düşmüş iken, yasakoyucu iptali istenen düzenleme ile ya yerel mahkemede kazanmış olduğun ve Danıştay'da temyiz aşamasında olan Danıştay'da kazanırsan da sıfırlanacak olan borcuna ilişkin açmış olduğun davandan vazgeç ya da yeniden yapılandırma sonucu 2 milyon 350 bin TL'ye düşen borcunu ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtul demektir. Oysa, iptali istenen düzenleme olmasaydı mükellef borcun yeniden yapılandırmasından yararlanıp 2 milyon 350 bin TL'yi ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtulacak; Danıştay aşamasında olan davasını ileriki bir tarihte kaybetmesi durumunda Kanunun amacı yani yeniden yapılandırılan borcun tahsilatı Kanunun öngördüğü şekil ve sürede gerçekleşirken; davasını kazanması durumunda ise hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirilmiş 4 milyon TL için ödemiş olduğu 2 milyon 350 bin TL'yi geri alarak adalet hukuk yoluyla sağlanmış olacaktır.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığı kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı ortadan kaldıracak veya caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vaz geçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 6552 Sayılı Kanunun 80. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30/4/2014 tarihinden önce 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olup 6552 sayılı Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla; (a) bendinde, vadesi geldiği hâlde ödenmemiş ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan gümrük vergileri ile bu vergilere bağlı cezaların

ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçileceği; (b) bendinde vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği; (c) bendinde eşyanın gümrüklenmiş değerine bağlı olarak kesilmiş olan idari para cezaları ile ilgili olarak söz konusu cezaların ve varsa gümrük vergileri aslının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiştir; (4) numaralı fıkrasında ise "Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." kuralına yer verilmiştir.

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının ilk cümlesine ilişkin iptal gerekçelerinde belirtildiği üzere, çerçeve 80. maddenin (4) numaralı fıkrasında da bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan gümrük vergisi, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı borçlarından dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlanırken, diğer yandan borçlular ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlanmak ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekleme ikilemi ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığı kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde ortadan kaldıracak veya caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vaz geçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "... dava açmamarları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 6552 sayılı Kanununun 87. Maddesiyle Değiştirilen 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinde "öksüz eserler" diye nitelendirilen, hak sahiplerinin ilgisizliği, sınırlı bir kesime hitap etmesi, ticari getirisinin yetersizliği gibi nedenlerle yayınevlerinin yayımlamaktan imtina ettikleri memleket kültürü açısından önem taşıyan eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgililerine ulaşmasının sağlanması amacıyla Devlete görev verilmişti.

5846 sayılı Kanun'un öksüz eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgililerine ulaşmasının sağlanması için Devlete görev yükleyen 47. maddesi şöyleydi:

"Bir kararname ile memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya maledilebilir.

(Değişik: 21.2.2001-4630/4) Bu hususta karar verilebilmesi için eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması ve aynı zamanda yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağıın tespit edilmesi gerekir.

Bu kararnamede;

1. Eser ve sahibinin adı;
2. Müktesep hakları ihlal edilen kimselere ödenecek bedel;
3. Mali hakları kullanacak makam veya müessese;

4. Verilen bedelin itfasından sonra elde edilecek safi karın hangi kültürel gayelere tahsis edileceği;

yazılır."

Maddeye göre kamuya maledilecek olan, mali ve manevi hakların tamamı değil, sadece "mali haklar" dır.

Öksüz eserlerin mali haklarının kamuya maledilebilmesi için ise;

- Eserin memleket kültürü için öneme haiz olması;
- Eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması;
- Yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması;

- Hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağıının tespit edilmesi;

şartlarının aynı anda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Amaç, Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin kamuya mal edilmesi değil; iki yıldır piyasada bulunmayan ve uygun bir süre içinde de yeni baskısının yapılmayacağı tespit edilen Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin, ilgilenenlerine ulaştırılmasının sağlanması yoluyla yok olmaktan kurtarılmasıdır.

Ancak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun “öksüz eserler”i konu alan 47. maddesi, 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle şu şekle dönüştürülmüştür:

“Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur.”

Yapılan değişiklikle, eser üzerindeki “mali haklar”, “manevi haklar”ı da kapsayan bir genişliğe taşınırken; hakları kamuya maledilecek memleket kültürü için önemi haiz eserlerin; “yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması” ve “hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağıının tespit edilmesi” şartları da ortadan kaldırılarak; Devlete piyasada bulunan ve dolayısıyla ilgilileriyle buluşan 5846 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü eseri, tek yanlı belirlenen “münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde müsadere ederek tekeline alma hakkı tanınmıştır.

5846 sayılı Kanunda, eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ile tarzını eser sahibinin belirlemesi (md. 14/1); alenileşmemiş olan eserin içeriği hakkında sadece eser sahibinin bilgi verebilmesi (md. 14/2); eserin umuma arzı veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek mahiyette ise, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men etme hakkı (14/3); eseri eser sahibinin adı veya müstear adı veya adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar verme hakkı (15/1); eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü

değiştirilmeleri menetme hakkı (16/3) manevi haklar arasında sayılmıştır. Bu manevi hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl eser sahibinin mirasçıları kullanır (19/2).

Eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı (21); Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı (22/1); Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtma hakkı (23/1); Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı (24/1) Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı (25/1) ise mali haklar arasında sayılmıştır; bu hakları da eser sahibinin ölümden itibaren 70 yıl süreyle mirasçıları kullanır.

Memleket kültürü için öneme haiz eserlerin eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıllık koruma süresi içinde, “yayınlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması” ve “hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağını tespit edilmesi” şartları birlikte gerçekleşmeden, eserin kamuya maledilmesi eser sahibinin mirasçılarının manevi ve mali haklarına yasayla el konulması demektir.

Eser sahibi veya mirasçılarının eser üzerindeki manevi ve mali haklarının “mülkiyet hakkı” kapsamında olduğunda kuşku yoktur.

Anayasanın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir. Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının “kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış, 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Devletin, memleket kültürü için öneme haiz eserlerin topluma ulaştırılması amacıyla, koruma süresi içinde bedelini ödeyerek hak sahiplerinin mali haklarını kamuya mal etmesinin, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ve meşru bir amaca dayandığını ileri sürebilmek için, öncelikle söz konusu eserin piyasada bulunmaması, ilgilenenlerin esere ulaşamaması ve eserin ne zaman ulaşılabilir olacağının da bilinmemesi gerekir.

Ancak, iptali istenen cümlede maddenin değişiklikten önceki halindeki ölçütlere de yer verilmeden, “Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir.” denilerek, hiçbir şart aranmaksızın, ölçü getirilmeksizin, “memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler”in hangi kistalara göre belirleneceği belirtilmeksizin, eserin topluma ulaşip ulaşmadığı hususları araştırılmaksızın, piyasada bulunan, isteyen herkesin ulaşip bulduğu eserlerin mali hakları yanında manevi haklarını da kamuya mal etme hakkı Bakanlar Kuruluna verilmektedir.

Günümüzün çağdaş demokrasileri, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayarak kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnızca ölçüsü değil, aynı zamanda koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler de demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen “münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilmesinde, “kamu yararı”ndan söz edilemeyeceği ve hak sahiplerinin eser üzerindeki yasayla koruma altına alınmış mülkiyet hakkını kullanmaları “toplum yararına” aykırılık ile gerekçelendirilemeyeceği için iptali istenen cümle, Anayasanın 35. maddesine; temel hak ve özgürlükler kapsamındaki mülkiyet hakkını hakkın özüne dokunacak şekilde ölçsüzce sınırlandırıp kullanılamaz hale getirdiği için ise Anayasanın 13. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 25. maddesinde, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.” denilirken; 26. maddesinde herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu özgürlüğün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsadığı belirtilmiştir.

Bütün özgürlüklerin anası olan düşünce özgürlüğü, sadece düşünce ve kanaate sahibi olmayı değil, bunları özgürce açıklama, yayma ve bunlara ulaşma hakkını da kapsar.

Hak sahipleri ile yayıncılar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde farklı yayınevlerinde basılarak piyasaya sunulan, ilgilenenleri tarafından herhangi bir engelle karşılaşılmadan ulaşılabilir olan, yokluğundan söz edilemeyecek eserlerin, mali ve manevi haklarının koruma süresi içinde Devlet tarafından kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, düşünce ve kanaatleri açıklama, yayma ve düşünce ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüyle bağdaşmadığından iptali istenen cümle Anayasanın 26. maddesine aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde, “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” denilmektedir. Sözleşme hükmünde yer alan ‘mal ve mülk’ deyiimi, parasal değeri olan somut veya soyut her türlü konuyu kapsamakta; maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmazlar, soyut birer varlık olan haklar, menfaat gibi değerler, kısaca mali değeri olan her şey bu kapsama girmektedir.

Yine Sözleşme'nin 10. maddesinin (1) nolu fıkrasında, “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.” denilmektedir. Fıkırada düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğü ve düşünce ve kanaate ulaşma özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

İptali istenen cümle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yorumlarına göre, hem Sözleşmenin 10. maddesini, hem Ek Protokol'ün 1. maddesini ilgilendirmektedir.

Mahkemeye göre, "... ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindedir, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur." (Lingens-Avusturya, 1986; Şener-Türkiye, 2000; Thoma-Lüksemburg, 2001; Maronek-Slovakya,2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002)

AİHM, sanatsal yaratıcılık ve performans ile sanat yapıtlarının dağıtımını, fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı olarak görmekte ve demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Sanatsal özgürlüğün ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımının yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını belirten Komisyon; "Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir." (Otto-Preminger Institut, 1994) demmiştir.

Mahkeme'nin yorumuna göre ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü (bu ticari ifade olarak anılmaktadır), 10. madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Öztürk Türkiye'ye Karşı davasında Mahkeme başvuru tarafından bastırılan kitabın toplatılması ve tüm nüshalarının imha edilmesi hakkında verilen mahkûmiyet kararının yan etkisi olduğuna karar vererek 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve başvuruçunun 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca yaptığı şikâyetleri incelemeyi gerekli görmemiştir.

Bu bağlamda, piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle teminat altına alınan ifade özgürlüğü ve Ek Protokol'ün 1. maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ..." ibaresi ile " ...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasında; "14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su

yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ'ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır." denilmektedir.

Fıkranın yüzbir sözcükten oluşan ilk cümlesinde, "... inceleme ve denetimi zorunludur;" ifadesine kadarki kısmı ana cümlecığı, devamı ise yan cümlecığı oluşturmaktadır. Cümlelerin "zorunludur;" kısmına kadar ki ifadeden, sayılan su yapılarının "inceleme ve denetiminin" zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak inceleme ve denetimi zorunlu olan söz konusu su yapılarının inceleme ve denetiminin DSİ tarafından doğrudan mı veya denetim şirketlerinden müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla mı yapılacağı ile ilgililerinden bedel alınıp alınmayacağı hususu anlaşılammaktadır. Çünkü "zorunludur" denilip noktalı virgül işareti konulduktan sonra "diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." denilerek masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden müşavirlik hizmeti satın alınarak denetimi yaptırılacak olanların "diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapıları" olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Daha açık ifadeyle, su yapılarından inceleme ve denetimi zorunlu olanların denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılacak; "sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının" denetimi ise denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alma yoluyla yaptırılacaktır.

Ancak maddenin devam eden fıkralarında özellikle de üçüncü fıkrasında "hidroelektrik tesislerinde" denilerek hidroelektrik tesislerine ilişkin "baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı" gibi su yapılarına göndermede bulunmanın yanında açıkça "baraj, gölet," ifadelerine yer verilerek inceleme ve denetimi zorunlu olanların da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacağı veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın

alınması yoluyla yaptırılacağı gibi bambaşka bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Birinci belirsizlik budur.

Öte yandan, inceleme ve denetimi DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılacak su yapılarının denetim masraflarının ilgililerinden alınacağı açık olmakla birlikte, inceleme ve denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılan su yapılarının inceleme ve denetimi için ilgililerinden denetim masrafı alınıp alınmayacağı hususu da belirsizdir. Çünkü yan cümlecikteki ifade, ... su yapılarının da denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklinde değil; "... su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklindedir ve bu yan cümlecikğin denetimi zorunlu olan ana cümlecikteki su yapılarını "denetim masrafı" bakımından kapsayıp kapsamadığı da belirsizdir.

Bu bağlamda, ek 6. maddede hukuki belirsizlikler vardır. Bu hukuksal belirsizliğin temelinde ise, yasakoyucunun su yapılarını doğrudan DSİ'ye denetletmenin yanında DSİ'nin yetkilendireceği Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla özel sektör denetim firmalarına denetlettirilmesini istemesi yatmaktadır. Bu bağlamda, iptali istenen "...diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi olmasa idi ek 6. maddede yukarıda sıralanan hukuksal belirsizlik de olmayacaktı.

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

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, hukuk devletinin temel unsurlarından biri "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesini gerektirir. 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.

Yan cümlecikte, "... diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklinde yer alan ifadedeki, "denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak

yaptırılır.” ifadesi; maddenin bütünü bağlamında anlaşılmaz olduğu, “denetim masrafı ilgililere ait olmak üzere” ifadesinin, ana cümlecikte denetimi zorunlu tutulan “hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi”ni kapsayıp kapsamadığı; kapsıyorsa bunların denetimi için ilgililerinden masraf alınıp alınmayacağı; alınacak ise alınacak masrafın denetimi DSİ tarafından dorudan yapılanları kapsayıp kapsamadığı hususlarında hukuksal belirsizlik olduğu ve bu hukuksal belirsizlikler iptali istenen ifadeden kaynaklandığı için, iptali istenen ifadeler, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku yoktur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.2011 günlü ve E.2007/2 ve K.2011/13 sayılı; 27.9.2012 günlü ve E.2012/6, K.2012/131 sayılı kararları).

İptali istenen ifadede maddenin bütünlüğü bağlamında hukuksal belirsizlik olmadığı şu ya da bu şekilde ortaya konsa dahi ortaya konulan yorum çerçevesinde bile şöyle bir durum ortaya çıkacaktır:

Ya ilgililerinden ana cümlecik ile yan cümlecikte sayılan bütün su yapıları için veya yan cümlecikte ifade edildiği üzere sadece yan cümlecikteki su yapıları için ya da yan cümlecikte sayılan su yapılarından sadece denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için denetim masrafı alınacaktır. Bu durumda ve Anayasa Mahkemesi'nin denetim hizmetini kamu hizmeti saydığı kabulü altında, ya denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla kamu hizmeti bedeli karşılığında yapılmış olacak ya da sadece denetimi müşavirlik firmalarına yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar ile müşavirlik firmalarına yaptırılanlar arasında eşitsizlik yaratılacağından Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Demokratik hukuk devleti ilkesine dayanan Anayasal bir Cumhuriyette Devletin varlık nedeni kamu hizmetleridir ve Anayasanın 73. maddesinde kamu hizmetlerinin/giderlerinin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle karşılanacağı belirtilmiş; 6200 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise denetim görevi DSİ'ye verilmiştir.

Denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınması ve dolayısıyla finansmanı vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle sağlanan kamu hizmetinin bedeli karşılığında yapılmış olması durumunda iptali istenen, “... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” ifadesi; Anayasanın 2. ve 73. maddeleriyle bağdaşmamakta; denetimi DSİ tarafından yapılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınmaz iken, denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak olması ise Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2012 günlü ve E.2011/27, K.2012/102 sayılı kararında da belirtildiği üzere, “... denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.” Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü

oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür...” denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku olmadığına göre, ek 6. madde kapsamındaki su yapılarının Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılmasına olanak sağlayan iptali istenen ifade, Anayasanın 128. maddesine de aykırıdır.

İptali istenen ifadenin iptaline karar verilmesi durumunda, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca ek 6. madde hükümlerinin uygulama olanağı kalmayan ibare, ifade ve fıkralarının da iptaline karar verilmesi Yüksek Mahkeme'nin takdirindedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, “... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere...” ibaresi ile “...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” ifadesi, Anayasanın 2., 10. 73. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

14) 6552 Sayılı Kanunun 94. Maddesiyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 182. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkra ile yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemezliği kurallaştırılmıştır.

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargının olmazsa olmazı ise “savunma” olduğu için yargı bağımsızlığı “savunma” ile birlikte anlam kazanmaktadır.

Avukatlık mesleği serbest meslekler arasında sayılmakla birlikte hakimlik ve savcılık gibi kamu hizmeti niteliği ağır basan özel bir meslektir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında, “Avukatlık Yasası'nun 1 inci maddesine göre 'kamu hizmeti ve serbest bir meslek' olan avukatlık iki yönlüdür. Hem 'kamu hizmeti' hem 'serbest meslek' nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu 'kamu' kavramının anlam olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası'nın 'Avukatlığın amacı' başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtın özgün kuraldır.” denilmiştir.

7.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde

“Avukatlık sınavını başarmış olmak” avukatlık mesleğine kabulde şart olarak ortaya konmuştur. Günümüze kadar sınav şartı birkaç kez yürürlükten kaldırılıp tekrar yasalaştırılmakla birlikte, sürekli bir uygulama olma olanağına kavuşamamış; ancak tamamen kaldırılması da düşünülmemiştir.

En son 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiştir. Avukatlık mesleğinde sınav koşulunu getiren Kanunun gerekçesinde, “sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır.” denilmiştir. Sınavın uygulamaya başlanacağı aşamada, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Açılan iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında;

“Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşılığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasaya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan ‘bağımsız yargı’, yargının olmazsa olmaz koşulu olan ‘savunma’ ile birlikte anlam kazanır. Savunma, ‘sav-savunma-karar’ üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu

yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasanın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.” gerekçeleriyle avukatlık mesleğine girişte sınav koşulunu kaldıran düzenlemeleri Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanlığı “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” hazırlamış ve Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi gereğince onay için 10.10.2013 tarihinde Adalet Bakanlığı'na göndermiştir. Adalet Bakanlığı ise 21.11.2013 tarihli yazısı ile bir daha görüşülmek üzere Yönetmelik değişikliğini TBB'ne iade etmiştir. TBB Yönetim Kurulu'nun oybirliğiyle Yönetmelik değişikliğini aynen kabul etmesinden sonra, Adalet Bakanlığı'nun 24.12.2013 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliği Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere TBB'ye iletilmiştir. TBB, 06.01.2014 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliğini yayımlanmak üzere Başbakanlık'a iletmışse de, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayım Müdürlüğü bu istemi reddederek, Yönetmelik değişikliğini yayımlamamıştır.

Bunun üzerine uyuşmazlık dava konusu yapılmış ve Ankara 10. İdare Mahkemesi 30.04.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı ile, dava konusu “yayımlanmama” işlemini hukuka aykırı bularak, yürütmenin durdurulmasına karar vermiş ve gerekçesinde Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi uyarınca, TBB'nin ısrar kararı ile artık kesinleşen ve uygulanabilir hale gelen Yönetmelik üzerinde Başbakanlık'ın değerlendirme/takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu Karar üzerine Yönetmelik 17 Haziran 2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik değişikliği ile avukatlık stajına başlamak için “staj kabul değerlendirmesi”; stajdan sonra avukatlık mesleğine başlayabilmek için ise “staj yeterlilik değerlendirmesi” koşulları getirilmiştir.

Staja kabul değerlendirmesinin, TBB ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim kurumları arasında belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; staja kabul değerlendirmesinin, Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür konuları ile anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılaması usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılaması usulü, idare hukuku ve idari yargılama usulü, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve vergi hukuku konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılacağı; staja kabul değerlendirmesinde Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür sorularının otuz, alan bilgisi sorularının yetmiş puan ağırlığında olacak şekilde düzenleneceği; Staja kabul değerlendirmesinde yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

“Staj yeterlilik değerlendirmesinin, Türkiye Barolar Birliği ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim

kurumları arasında belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; Staj yeterlilik değerlendirmesinin otuz puanı mantıksal akıl yürütme, yetmiş puanı avukatlık hukuku ve meslek kurallarına ilişkin sorulardan oluşmak üzere toplam yüz puan üzerinden yapılacağı; staj yeterlilik değerlendirmesinden yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

kıvallaştırılmıştır.

6552 sayılı Kanununun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla ise Anayasa Mahkemesi'nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararına aykırı düzenleme yapılmakta; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı gereğince hazırlanan Yönetmelik değişikliği ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 30.4.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı hükümsüz kılınmaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve aynı konuda farklı yasal düzenlemelerle iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmaktan uzak durmak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçeleri de bağlayıcıdır. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluşturur ve dolayısıyla yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olur. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Bir yasa kuralının Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edebilmek için, iptal edilen kurala iptali istenen kuralın "aynı" ya da "benzer" olması ve kurallar arasında "teknik, içerik ve kapsam" bakımından benzerlik olduğunun ortaya konması gerekir. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığıının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.

İptali istenen düzenlemenin gerekçesinde fıkra metnindeki ifade yinelenerek, "... yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işleme avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemediğini öngören bir hüküm Tasarıya yeni 81 inci madde olarak eklenmiştir." denilmektedir. Yasanın amacı, avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin yasaklanmasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiş; 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararıyla ise 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran

düzenlemeler iptal edilmiş ve iptal gerekçesinde, "Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir." denilerek avukatlık mesleğine girişte sınavın elzem olmanın ötesinde zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

Bu bağlamda, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeler ile iptali istenen 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, teknik, içerik ve kapsam açısından benzer olmanın ötesinde aynı amacı taşımaktadır ve Anayasa Mahkemesi'nin avukatlık mesleğine girişte öngördüğü sınava ilişkin yukarıdaki gerekçe ile de bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bağlayıcılık taşıyan 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararını, yasama organı eliyle etkisiz veya sonuçsuz kılmayı amaçladığından, Anayasanın 153. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında açık ve net bir şekilde ortaya konan gerekçelerle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği; taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı ve taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü getirilmiştir.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ile bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın

Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Özel mülkiyetteki bir taşınmaz kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde kamulaştırılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasanın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir." denilerek, Devlete özel mülkiyet üzerinde kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yanında idari irtifak kurma yetkisi de tanınmış; buna dayalı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "İrtifak hakkı kurulması" başlıklı 4. maddesinde, "Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir." hükmü getirilmiş; "Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları" başlıklı 11. maddesinin son fıkrasında ise, "Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynaktaki meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir." denilmiştir.

Bu bağlamda kamulaştırma, taşınmazın tamamı veya bir kısmının kamulaştırılması olarak biçimsel bir kamulaştırma olabileceği gibi, mülkiyet hakkından doğan birtakım yetkilerin kısıtlanması şeklinde içeriksel bir kamulaştırma yani sınırlı aynı hak çeşidi olan irtifak hakkı kurulması şeklinde de olabilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı belirtildiğinden; irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırmanın konusunu, taşınmazın belirli bir kesimi yanında yüksekliği, derinliği ya da taşınmaz üzerindeki herhangi bir kaynak da oluşturabilmektedir. Böylece taşınmaz mülkiyetinden doğan bazı yetkilerin idareye geçerek idarenin taşınmaz üzerindeki yararlanma ve kullanımına malikin rıza göstermesi veya malikin bu yetkilerini kullanması idare yararına yasaklanarak mülkiyetten kaynaklanan bazı hakların kullanımından vazgeçmesi şeklindeki kamulaştırma işlemi, ifadesini Anayasanın 46. maddesinde bulunduğu üzere, idari irtifak olarak adlandırılmakta; kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, "kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynaktaki meydana gelecek kıymet düşüklüğü" kamulaştırma bedeli olmaktadır.

Bir meyve bahçesinin yüksekliğinden yüksek gerilimli enerji nakil hattı çekilmesi veya bir konut ya da işyerinin altından (derinliğinden) tramvay/metro ya da üstünden (yüksekliğinden) teleferik veya köprü ya da viyadük geçmesi durumunda, can ve mal güvenliği alınmış olsa ve meyve bahçesini kullanma, ürünlerinden yararlanma, kiralama ya da satma hakları engellenmese veya konutta oturma, kiralama ya da satmaya hukuken müdahale edilmese dahi, ne o meyve bahçesi eski meyve bahçesidir; ne de o konut ya da işyeri eski konut ya da işyeridir. Altından tramvay geçen konut ile geçmeyen konutun, üstünde teleferik işleyen işyeri ile işlemeyen işyerinin bir olmayacağı açıktır. Can ve mal güvenliği alınmış ve mülkiyetten kaynaklanan haklara helal getirilmemiş olsa dahi sonradan konutun altından metro veya üstünden teleferik geçmesi durumunda ekonomik değer kaybına uğrayacağı, tartışma götürmeyen olgusal bir gerçektir.

Olgusal bir gerçek olduğu içindir ki, bu gibi durumlarda malikin uğrayacağı zararı karşılamak üzere Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında idare lehine irtifak kurulması öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz

malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması öngörülmüş; 11. maddesinin son fıkrasında ise, irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırma nedeniyle taşınmaz veya kaynakta oluşacak değer düşüklüğü tutarının kamulaştırma bedeli olacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, Anayasada güvence altına alınan taşınmazın kuru mülkiyet hakkı değil, kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkilerinin ekonomik değeridir ve Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında bu ekonomik değer taşınmazın “gerçek karşılığı” olacağı belirtilmiştir.

İdari irtifak kurulsun ya da kurulmasın, Devlet bir konutun üstünden köprü ya da teleferik, altından ise tramvay ya da metro geçiriyorsa, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemleri alması, hukuksal sorumluluğundadır ve almaması yani teleferiğin çökmesi ya da metronun göçmesi durumunda konutta meydana gelecek zararlar ile can ve mal kaybindan doğacak zararlardan genel hükümler yanında idare hukukuna göre “hizmet kusuru” bağlamında zaten sorumludur. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmesi ise taşınmazın içeriksel değil, ancak biçimsel kamulaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Bu bağlamda, can ve mal güvenliği için gerekli önlemlerin alınması ile mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi, söz konusu imalatlarla fiilen içeriksel kamulaştırılmaya maruz kalmış taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün bedelini ödememenin gerekçesi olamaz.

Günümüz şartlarında taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında, kamu yararı olabilir ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması Anayasal olarak mümkündür. Ancak, mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasaya uygun olabilmesi için, taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerekir.

Taşınmazın yüksekliği ve derinliği, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma yerine fiili şekilde yapılması ve bu kullanımdan kaynaklanan taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Anayasanın 46. maddesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak ve özünü ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için, Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. 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 ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, kamulaştırma bedeli ödenmemesi yanında tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi de kurallaştırıldığından, dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü, taşınmaz sahipleri sonradan taşınmazlarının altında metro vb. raylı sistemler veya üstünde teleferik, köprü, viyadük vb. yapılması nedeniyle taşınmazın uğradığı değer kaybını bilirkişi veya emlak değerlendirme uzmanı raporlarıyla ortaya koyarak yetkili mahkemelere başvursalar dahi mahkemeler tazminat ve benzeri başka bir ad altında herhangi bir ödemeye hükmedemeyeceklerdir.

Devletin kamusal faaliyetlerinden dolayı mal ve mülklerinde ortaya çıkan ve para ile ifade edilebilen zararlarının karşılanmaması sonucunu doğuran bu durum, hukuk devletinin gereği olan Devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurması, bunu geliştirerek sürdürmesi ve kişilerin hukuk güvenliğini sağlaması yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi, mahkemeye erişimi sonuçsuz bırakmayı amaçladığından adil yargılanma hakkını da ihlal etmekte ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesinde, "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

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

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre "mal ve mülk" iktisadi bir değere sahip para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmaz, Hazine arzısı üzerine yapılan gecekondular (Öner Yıldız-Türkiye kararı), yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle uğranılan gelir kaybı (Aka-Türkiye davası; Akkuş-Türkiye davası), haklar, şirket hisseleri (Bramelid ve Malstrom-İsveç davası), bir zarardan doğan tazminat hakları (Stran Grek Refineries ve Stalis Andrealist-Yunanistan davası), her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı (Müller-Avusturya davası), müşteri kitlesi (Man Varle ve diğerleri-Hollanda davası), alkollü içki satma ruhsatı (Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç davası) kira alma hakkı (Mellacher ve diğerleri-Avusturya davası), işletme ve imtiyaz hakları (Matos e Silva, Lda ve diğerleri-Portekiz davası), fikri mülkiyet hakları (Anheuser-Busch Inc.-Portekiz davası) gibi ekonomik çıkarları ifade etmekte; bunun da ötesinde ekonomik bir değere sahip her türlü unsur mülk kavramı içinde değerlendirilirken, meşru beklentiler de mal-mülk kavramına dahil edilebilmektedir.

AlHM, medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringelsen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

1 No'lu Protokolünün 1. maddesi medeni haklardan olan mülkiyet hakkını güvence altına alırken, Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ise mahkemeye erişimi ve adil yargılanmayı güvence altına almaktadır.

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli değildir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkını açık tutan bir düzenlemenin, mahkemeye erişimi etkisiz kılacak veya sonuçsuz bırakacak nitelikte olması halinde, düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez. Adil yargılanma hakkı ise, yargılama sonunda hakkı olanı elde ederek adaletin gerçekleşmesini gerektirir.

Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında, taşınmazda ortaya çıkan parasal değer kaybının mahkeme yoluyla elde edilmesi olanağını da sonuçsuz bıraktığından Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanununun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

16) 6552 sayılı Kanununun 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. Maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 100. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, 23. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı kurala bağlanmaktadır.

Bu kurallara göre idare örneğin, 100 dekar taşınmazı yeşil alanı ve sosyal donatılarıyla birlikte cami veya hastane ya da okul yapmak amacıyla kamulaştırarak bedelini ödemiş; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden 4 yıl sonra kamulaştırılan alanın 10 dekarında cami veya hastane ya da okul inşaatına başlamış; geri alım için birinci ve ikinci fıkradaki hak düşürücü sürenin bittiği altıncı yılın sonunda ise imar değişikliğine gidilip 100 dekar alanın tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek üçüncü kişilere satılmış ise; taşınmazın eski malik veya mirasçıları cami veya hastane ya da okul yapılmak üzere kamulaştırılan, ancak tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek

üçüncü kişilere satılan taşınmazın kamulaştırma öncesi maliki olarak idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacağı gibi dava da açamayacaktır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın temel hak ve hürriyetler bölümünde düzenlenmiş ve 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının "kamu yararı amacıyla" ve "kanunla" sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 46. maddesinde ise, Devlet ve kamu tüzelkişilerine, özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamını veya bir kısmını kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yetkisi verilerek, özek mülkiyetteki taşınmaza kamulaştırma yoluyla müdahale kamu yararı şartına bağlanmıştır.

Bu kurallara göre özel mülkiyetteki taşınmazlara kamu yararının gerektirdiği haller dışında kamulaştırma yoluyla müdahale edilemeyeceği gibi kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması durumlarında kamulaştırmanın gerekçesi de ortadan kalkmış olacaktır. Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl sonra taşınmazın geri alım hakkının da düştüğü bir hukuk düzeninde, kamulaştırma amacına uygun kullanılmayan veya kamu yararı dışında kullanılan taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal mülkiyet haklarının güvence altına alınmaması, adaletli hukuk düzeni ile temel hak ve hürriyetler açısından sorunludur.

Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devletinin unsurlarından biri de adil hukuk düzenidir. Buna göre hukuk düzeni adil ve hakkaniyete uygun olmalıdır.

Anayasanın 13. maddesine göre mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, hakkın özüne dokunmadan, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde sınırlanabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, günümüzün demokrasi kavrayışı, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimleri gerektirir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılmaz 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. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlandırılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını ortaya koymuştur.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı kurala bağlayan iptali istenen düzenleme; kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında da taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal güvence altındaki mülkiyet haklarını, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ve hakkın özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırladığı ve kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulmasını öngörmediği için Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan; özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan "kamu yararı"nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alım hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başkaca amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçıların yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, adaletili hukuk düzeniyle bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırı olmanın yanında, hak arama hürriyetleri ile adil yargılanma haklarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan Anayasanın 36. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde, mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

AİHM 2. Dairesi, (konusu başvuruçuların sağlık kuruluşu için Sultan Çiftliği Belediyesine bağışladığı 2.335,89 metrekare arazinin, Belediye tarafından üçe bölünerek bir kısmının üçüncü bir şahsa satılması, bir kısmının Belediye adına tapuya tescilli ve bir kısmının ise sağlık kuruluşu yapımı için Hazineye devredilmesi sonrasında; başvuruçuların bağış şartlarına uyulmadığı için üçüncü kişilere satılan arazi için tazminat ve belediye adına tescil edilen arazi için ise iade talebiyle açtıkları davanın, yerel mahkemenin kabulünden sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyan yerel mahkemece reddedilmesi olan) Karaman-Türkiye davasında (15.1.2008-6489/3);

"Sonuç olarak Yargıtay'ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın, eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu niteliktedir." (paragraf 33) gerekçesiyle Sözleşme'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmadığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM 2. Dairesi aynı kararında, Benefico Cappella Paolini – San Marino ile Narbone Motais – Fransa kararlarına da göndermede bulunarak, "Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olan Benefico Cappella Paolini – San Marino kararında (bk. parag. 33) , kamulaştırılmış bir

taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Aynı şey, Mahkeme'nin bir taşınmazın kamulaştırılması kararı ile kamulaştırmaya dayalı olarak kamu yararına ilişkin projenin uygulanması arasında önemli bir zaman diliminin bulunmasının Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olduğuna karar verdiği 19 Temmuz 2002 tarihli *Narbone Motais – Fransa kararı* için de geçerlidir.

Yukarıda anılan iki kararda da kamulaştırma işlemleri söz konusu olmasına rağmen, mevcut davada taşınmazın başvuruçular tarafından idareye devredilmesi söz konusudur. Her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemi düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkeme'nin yukarıda anılan kararlarındaki gerekçesi burada da uygulanır (diğerlerinin yanı sıra yukarıda anılan *Benefico Cappella Paolini kararı*, parag. 9, *Motais de Narbonne kararı*, parag. 9). Mahkeme yukarıda anılan *Benefico Cappella Paolini kararı*nda (parag. 33), kamu yararı amacıyla kamulaştırılan arazinin kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması halinde bile, arazinin kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından bir sorun doğurduğuna karar vermiştir." (paragraf 27-28) demiştir.

AİHM'in yukarıda yer verilen kararlarından da anlaşılacağı üzere, iptali istenen düzenleme, kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının sonradan kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında, taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin mülkiyet hakları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurmadığından, Sözleşmenin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı için de Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 6552 sayılı Kanununun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddeyle; 6552 sayılı Kanununun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanununun 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerini değiştiren "Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz." kurallarının; aynı Kanununun 100. maddesiyle 22. maddeye eklenen "Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer." şeklindeki ikinci ve "Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz." şeklindeki üçüncü fıkra hükümlerinin ve ayrıca aynı Kanun'un 100. maddesiyle 23. maddeye eklenen ve yukarıda iptali istenen "Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz." şeklindeki üçüncü fıkra hükmünün; geçici 9. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya

mirasçılar tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

2942 sayılı Kanununun 22. ve 23. maddelerinin mevcut ve 6552 sayılı Kanununun 100. maddesiyle değişik/ek hükümlerinin öne çıkan belirgin özellikleri şöyledir:

- 2942 sayılı Kanununun 22. maddesine göre, mal sahibi veya mirasçuları, "aldığı kamulaştırma bedelini" üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra "kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte" üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilecekler;

- 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçuları, 23. maddedeki şartlar gerçekleştiğinde taşınmazı 23. madde hükümlerine göre geri alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçularının 23. maddeye göre taşınmazı geri alma hakları da düşecek;

- 22. maddeye göre idarenin taşınmazı geri vermesinde bir süre sınırlaması yokken; 6552 sayılı Kanunla birlikte 22. maddedeki taşınmazın iadesi hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişe uygulanmayacak;

- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçuları taşınmaz malda hakları bulunduğu idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava açabilirlerken; 6552 sayılı Kanunla birlikte idarenden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamayacakları gibi dava da açamayacaklar;

ve tüm bu kurallar, iptali istenen düzenlemeye göre kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçuları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacaktır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, yasakoyucunun üstünde Anayasa ve hukukun üstün kurallarının olduğunun bilincinde olan, 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.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. "Kanunların geriye yürümezliği" olarak adlandırılan bu ilke uyarınca,

kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.6.2014 günlü ve E.2014/85, K.2014/103 sayılı ve 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararları)

6552 sayılı Kanununun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanununun 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişiklik ve eklerin, yürürlük tarihinden önceyi de kapsar şekilde, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacak olması ve böylece 22. maddeye göre taşınmazı iade edilen malik veya mirasçılar, aldıkları “kamulaştırma bedelini” üç ay içinde ödeyerek taşınmazı geri alabilirlerken; “kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte” ödeyerek almak zorunda kalmaları; 22. madde hükümlerine göre taşınmazlarını zaman sınırlamasına tabi olmaksızın geri alabilirlerken; kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişse alamamaları; 22. madde hükümlerine göre almadıkları taşınmazlarını, 23. maddedeki koşullar gerçekleşince geri alabilirlerken, bundan böyle geri alamayacak olmaları ve dolayısıyla açmış oldukları kesinleşmemiş davalarının sırf bu nedenle düşecek olması; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçuları taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava açabilirlerken, altı yıl geçmiş taşınmazlar için idareden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamamaları yanında dava da açamayacak olmaları ve açtıkları kesinleşmemiş davalarının sırf altı yıl geçtiğinden düşecek olması hususları göz önüne alındığında, geçmişe uygulanarak daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıran iptali istenen düzenleme, kişilerin hukuk güvenliklerini ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esastır. Bu amaçla Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek, herkese, bağımsız yargıya ulaşma, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme olanağı sağlanmış, böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur.

Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımanın ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmanın ön koşuludur. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi, zararını giderebilmesi, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesinden geçmektedir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını belirtmiştir.

Devlet ve diğ er kamu tüzel kişilerinin tarafı oldu ğ u kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğ er kamu tüzel kişilerinin lehine ve temel hak ve özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alınmış kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğ inden, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğ undan iptali gerekir.

18) 6552 sayılı Kanununun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanunununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendinin Anayasa Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendiyle, “Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,” meraların tahsis amacının değiştirilmesi yoluyla yerleşme ve yapılaşmaya açılması öngörülmüştür.

Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesine göre ilan edilmektedir. 5393 sayılı Kanunun “Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı” başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları, her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kent in tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarından birinin veya birkaçının gerçekleşmesi için belediye meclisi kararıyla ilan edilmekte; kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilecek yer in belediye veya mücavir alan sınırları içinde olması gerekmekte; kanunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi ise ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla mümkün olabilmektedir.

Belediyenin görev alanı, belediye veya mücavir alan sınırdır ve dolayısıyla kentsel dönüşüm ve gelişim alanı bu sınırlar içinde olacaktır. Ancak, 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle büyükşehir belediyelerinin sınırları kurulu olduğu ilin mülki sınırları olmuştur. Dolayısıyla 6360 sayılı Kanun kapsamındaki büyükşehir belediyelerinde, mülki sınırlar içi kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilecektir.

Anayasanın “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.” kuralına yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise “Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırarla 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. Gerekçedeki ifadeye göre Devlete bu görevin, “tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi” amacıyla verildiği de her türlü tartışmanın dışındadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesinin birinci fıkrasında kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilmesi, maddede yazılı amaçlardan biri veya birkaçının varlığına bağlanmıştır ki, bunlardan “deprem riskine karşı tedbirler almak” amacı, 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamındadır ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre, “Doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan” meraların zaten tahsis amacı değiştirilerek 6306 sayılı Kanuna göre “rezerv yapı alanı” ilan edilebilmekte; “eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak” amacı, yerinde imalatı gerektirdiğinden başka bir araziye ve dolayısıyla meraya ihtiyaç duyulmamakta; kalan diğer amaçların (konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları) tamamı ise endüstri ve şehirleşmeye ilişkin olmaktadır.

Bu durumda belediye sınırları il mülki sınırları olan Bursa veya Trabzon veya Antalya veya Tekirdağ veya Aydın veya Konya veya Erzurum Büyükşehir Belediyelerinin ya da diğer büyükşehir belediyelerinin, il mülki sınırları içinde olan meralardan endüstri ve şehirleşme amacına uygun gördükleri Bakanlar Kurulu kararıyla “kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı” olarak ilan edilerek, mera vasfı değiştirilip endüstri ve şehirleşme amacıyla kullanılacaktır.

Anayasanın 45. maddesindeki, “Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek (...) için gereken tedbirleri alır.” hükmünün Anayasaya Anayasal bir kural olarak konulmasının gerekçesi, “tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi” ise, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları yapmak için “Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,” yerler üzerinden meraların, endüstrileşme ve şehirleşme için yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. maddesine açık bir aykırılık oluşturur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda ülke yüzölçümünün %56'sını (44 milyon hektar) oluşturan mera, yaylak ve kışlaklarımızın oranının günümüzde %19'lara (14,6 milyon hektar) kadar gerilediği hususunda bilim insanları arasında görüş birliği vardır.

Son 50 yılda %70 oranında daralan mera varlığımız konusundaki istatistiklerin çeliştiği ve kullanılan kaynaklara göre (FAO, DİE, eski Köy Hizmetleri Gen. Md.,vb.) çok önemli farklılıklar gözleendiği dile getirilmekle birlikte, mera varlığındaki azalışın, 67 yılda 41 milyon hektardan 12.3 milyon hektara kadar düştüğü dile getirilmektedir. Günümüz koşullarında, 4342 sayılı Mera Kanunu uyarınca tesbit, tahsis ve tahdit çalışmalarını sürdüren Çayır-Mera ve Yem bitkileri Daire Başkanlığı kayıtları en güvenilir seçeneği oluşturmakta ve 12.3 milyon hektar mera alanımız kaldığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. (Bkz. Avcıoğlu, Rıza; Türkiye Meraları ve Mera Kanununun Getirdikleri; Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi 5(1), 2012, s. 26).

Bir mera alanının yerleşme ve yapılaşmaya açılması, sadece açılan yerleri mera olmaktan çıkarmaz; hayvanların otlama ve su yollarını da keserek daha geniş bir alanın mera olarak kullanılamaz hale gelmesiyle sonuçlanır.

Meraların, hayvancılığın geliştirilmesi ve dolayısıyla hayvansal üretimin artırılması yanında sürdürülebilir çevre bağlamında toprak ve su muhafazası, erozyonun kontrolü, küresel ısınmaya yol açan sera gazlarının emisyonu ve gen kaynaklarının korunması açısından önemli işlevleri vardır.

Anayasanın 56. maddesinde herkesin, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"na sahip olduğu belirtilmiştir; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır.

Kuşkusuz sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, park, bahçe ve yeşil alanları, geniş cadde ve sokakları, rekreasyon alanları, açık hava spor tesisleri ve sosyal donatılarıyla planlı ve düzenli şehirler de yaşamayı da gerektirir. Ancak, tüm bunlar şehirleşme ve yerleşme plan ve politikalarıyla ilgili olup; meraların sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevleri de göz önüne alındığında, şehir ve uzantılarının meralara kurularak meraların daraltılmasına gerekçe oluşturmaz; tam tersine meraların varlığının sadece köylerde hayvancılıkla uğraşan çiftçiler için değil, kentlerde yaşayan insanlar için de yaşamsal önemini ortaya koyar.

Bu itibarla mera alanlarının daraltılarak sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevlerini etkisizleştirmeyi amaçlayan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 56. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanununun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

19) 6552 sayılı Kanununun 117. maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5. Maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin Anayasaya Aykırılığı

Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenilen cümle ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına görev yaptıkları yer dışında Halk Sağlığı Kurumu tarafından belirlenecek aile sağlığı merkezlerinde mesai saatleri dışında nöbet görevi verilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Aynı maddede bu nöbet görevinin gerektiğinde "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline" de verilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin anlam ve kapsamını bütün boyutları ile kavrayabilmek için haftalık çalışma süreleri ve normal mesai saatleri dışında, gerek görev yaptıkları aile sağlığı merkezlerinde gerekse görev yerleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına fazla çalışma yaptırılmasını öngören düzenlemelere değinmekte yarar bulunmaktadır.

a) 12 Temmuz 2012 gün ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6354 Sayılı Yasa'nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile haftalık normal çalışma süreleri ve mesai süreleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebileceği düzenlenmiştir.

b) 6354 Sayılı Yasa'nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen cümle ile aile hekimliği görevinin haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirileceği düzenlenmiştir. 6354 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemelerin iptal istemi ile açılan iptal davası Anayasa Mahkemesinin 2012/103 Esasında kayıtlı olup esas hakkında henüz karar verilmemiştir.

c) 18 Ocak 2014 gün ve 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6514 sayılı Kanununun 52. maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi, "Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun

ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddenin Anayasaya aykırılığı talebi ile açılan iptal davası ise Anayasa Mahkemesinin 2014/61 esasına kayıtlıdır.

d) Son olarak ise 6552 sayılı Yasanın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesine iptali istenilen “Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir” cümlesi eklenmiştir.

5258 Sayılı Aile Hekimleri Kanununun 3 ve 5 inci maddelerinde 6354, 6514 ve 6552 sayılı Kanunlar ile yapılan düzenlemeler sonucu;

- Haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebilecektir.

- Görev yerleri olan aile sağlığı merkezlerinde haftalık ve günlük normal mesai saatlerinin üzerinde olan çalışma süreleri saptanıp bu sürelerde görev yaptırılacaktır.

- Asli görev yerlerinde yapacakları görevlere ilaveten görev yerleri dışındaki aile sağlığı merkezlerinde haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında nöbet görevi verilebilecektir.

24.11.2004 gün ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununda aile hekimleri ile aile sağlığı elemanların görev ve yetkileri, çalışma yerleri ile çalışma biçimleri ve koşulları düzenlenmiştir. Kanununun 2. maddesinde aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini devamlı olarak belli bir mekânda vermek, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti vermek ve tam gün esasına göre çalışmakla yükümlü tutulmuştur.

İptali istenilen düzenleme ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına, normal mesai saatlerinden sonra görev yeri dışındaki Aile Sağlığı Merkezlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirilmektedir. Yasa’da aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına, görev yerleri ve çalışma süreleri dışında kendi hastaları olmayan kişilere yönelik olarak ne tür bir hizmet verecekleri düzenlenmemiştir. Bu hizmetin acil sağlık hizmetleri mi, normal mesai saatleri içinde verilmesi gereken birinci basamak tedavi edici sağlık hizmeti mi, ya da koruyucu sağlık hizmeti mi olacağı belirsizdir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Kanununun 2. Maddesinde düzenlenen görevleri ve belirli bir mekânda görev yapma gerekliliği ile bağdaşmayan bir görevlendirmeye maruz bırakılmaktadır. Bunların yanında; görev yeri dışında tutturulacağı belirtilen nöbete ilişkin herhangi bir çerçeve çizilmeyerek tüm yetki yürütme organına bırakılmaktadır.

Aile hekimleri, Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasanın 128. maddesinde yer alan “diğer kamu görevlisi” kapsamında olup görevlerine ilişkin hakları ve yükümlülüklerinin Yasa ile düzenlenmesi zorunludur (Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 21.02.2008 günlü E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı). Yürütme organına, genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilmesi, Anayasanın “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” Kuralını içeren 7. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, yargı denetiminin yapılmasına elverişli olması gereklidir. İptali istenen ibare "belirlilik" taşımadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları günlük mesailerine ek olarak sayıtlı idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutacaklar, kapsamı idare tarafından belirlenecek görevleri yapacaklar, süresi idare tarafından belirlenen sürede fazla çalışma yapacaklar ve ertesini gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden devam edeceklerdir. Çalışma süreleri yönünden herhangi bir üst sınır getirilmemiştir.

Ortaya çıkan çalışma süreleri diğer ülkelerin uygulamalarına da çok uzak düşmektedir. Örneğin icap nöbetçisi olarak haftalık en fazla çalışma süresi İngiltere ve Almanya'da nöbet aralarında en az 7,5 ile 12 saat arasında değişen dinlenme koşuluyla ortalama 56 saat, Hollanda'da 48 saat, Danimarka'da 45 saat, Fransa'da 50 saattir.² Ülkemiz tarafı olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinde fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresi en fazla 48 saat olarak belirlenirken çalışanların her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme sürelerinin bulunması düzenlenmiştir.

İptali istenilen yasa hükümleri Aile hekimleri ve aile sağlığı personelinin normal haftalık ve günlük çalışma sürelerinin üzerinde üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırmaya olanak sağlamaktadır. Böylece sağlık çalışanlarının verdiği sağlık hizmetinin niteliğini etkileyecek olan çalışma süreleri arttırılmakta, yeterli sürelerle dinlenme hakları ihlal edilmektedir. Anayasanın 50. Maddesine göre "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "...hem çalışanın bedenini korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimini için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur. Bu durum Anayasanın "Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin 3.fikrasına aykırılık oluşturmaktadır.

Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 24. maddesi ve Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesi çalışma sürelerinin makul ölçülerde sınırlanmasını, dinlenme hakkının güvence altına alınmasını devletlere bir ödev olarak yüklemektedir. Türkiye'nin henüz imzalamadığı ILO'nun 1935 tarih ve 47 numaralı sözleşmesinde de çalışanların haftalık çalışma süresi 40 saat, 1977 tarihli ve 149 sayılı Sağlık Çalışanları Sözleşmesinde sağlık çalışanları açısından haftalık çalışma saatinin 40 saat olarak kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Ne var ki dinlenme hakkının etkin bir biçimde sağlanması için çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak devletin ödeviyken yasa koyucu

² Kaynak; Türkiye'de Hekimlerin Çalışma Koşullarının İrdelenmesi, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi, Handan Kumaş, Fatma Yücel Beyaztaş, C.Ü.Tıp Fakültesi Dergisi, 29 (3):123-127, 2007.

süreleri artıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirmektedir. Aşırı çalışma süreleri ve beraberinde mesai saatlerindeki düzensizliğin, çalışanlarda bireysel olarak uyku düzensizliği, yemek alışkanlıklarında değişme, aile ve sosyal yaşam üzerinde rahatsız edici etkiler ve tükenmişlik sendromu gibi olumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açtığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir.³

İptali istenilen yasa hükümleri dinlenme hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle yasa hükümlerinin Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, "açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu"nu kabul etmiştir.⁴ Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması halinde hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının nitelendirilmesinde "özü" toplum için garantide değil birey için garantide aramak gerekmektedir.⁵ İptali istenilen hükümlerin Anayasal güvence altında olan yaşama, yaşamı koruma ve geliştirme hakkının özüne dokunduğuna kuşku yoktur.

Anayasanın 50. maddesi, dinlenme hakkını düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, dinlenme hakkı "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından dinlenme hakkının sınırlanmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun dinlenme hakkına ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Çalışma süreleri ile hafta tatili ve izin sürelerini belirsiz hale getirerek dinlenme hakkını neredeyse ortadan kaldıran normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinin 2. maddesinde, yeterli dinlenme; işçilerin yorgunluk veya diğer düzensiz çalışma biçimleri sonucunda kendilerine, iş arkadaşlarına veya başkalarına, kısa ya da uzun dönemde sağlıklarına zarar vermemelerini temin eden ve zamanın birimleri ile ifade edilen yeterince uzun ve kesintisiz dinlenme süresi olarak ifade edilmiştir.

Yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hekimliğin, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bu kararlarda kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartının ihtiyaç duydukları

³ Hekimlerin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Etik Açısından Değerlendirilmesi, İnci Hot ve Esin Karlıkaya (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı)

⁴ Aktaran Zafer Gören, temel hakların sınırlanması- sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59

⁵ Zafer Gören, a.g.e.

anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu, devlet için bir göre ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi ile bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile bağı olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.

09.12.2003 tarihinde yurrle giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesi Mesleki Standartlar başlığı adı altında; "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." hükmüyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğal uzantısı olan tıbbi girişimlerin ilgili mesleki standartlara uygun olma zorunluluğu getirilmiştir. Uzun alışma süreleri ile ilgili uygulama sonucunda, hekimler için sağlık hizmetinin nitelikli biçimde sunulmasının koşulları ortadan kaldırılmakta ve standartlara aykırılık içererek insan sağlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlar yaratılmaktadır.

Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "...hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şiphe yoktur. Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesi ile 17. ve 56. maddelerine de aykırıdır.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının sundukları sağlık hizmeti bir kamu hizmetidir. Anayasanın 128 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca nitelikleri, atanmaları, göre ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunludur. İptali istenilen yasa hükümleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisini idareye bırakmıştır. Bu durum kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasanın 7. maddesindeki norm ile Anayasanın 128. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Aile hekimlerinin Aile Hekimliği Kanununda tanımlanan göre içeriklerine uygun olarak edinmiş oldukları Aile Hekimliği Mesleğini icra etmeleri Anayasanın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkının bir gereğidir. Göre yerleri dışında ve mesleki yetkinlik ve göre alanları dışında gorelendirilmeleri çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarının önüne geçmektedir.

Bununla birlikte normal mesai saatleri dışında acil sağlık hizmetleri ya da normal mesai saatleri içinde kendi aile hekimleri tarafından verilmesi gereken sağlık hizmetini gorelendirilecek aile hekiminden almaya yönlendirilecek hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma hakları da ihlal edilecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Yasa'nın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

20) 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Kanunun 29. maddesine eklenen fıkrayla; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri kurallaştırılmıştır.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması,

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması,

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması,

Gerekmektedir.

Bu bağlamda;

12.5.2001 tarihli ve 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 3 üncü maddesindeki, "Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur'a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur'a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır." kuralını;

"Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasaya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

(...)

Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir." gerekçeleriyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2006 tarihli ve E. 2003/112, K. 2006/49 sayılı kararı).

9.2.2006 tarihli ve 5456 sayılı Kanunun 1 nci maddesiyle 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'ye eklenen geçici 10 uncu maddesindeki, "Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Gümrük Müsteşarlığına ait bölümüne eklenmiştir.

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

"Mevcut Başmüdürlüklerin kaldırılmasından sonra, bu Başmüdürlüklerin yerine yeni Başmüdürlükler kurulmasına karşın, kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması gerekirken, yeni kurulan Başmüdürlüklere başmüdür olarak atanabilmelerini ya da yeni ihdas edilen başmüdür kadrosuna atananların da bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmalarının, Yasa'nın zorunlu bir sonucunu oluşturması ve yasa kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir." gerekçesiyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak Sayın Haşim Kılıç'ın karşı oyu ve OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2007/97, K. 2010/32 sayılı kararı).

21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ıncı maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen geçici 57 inci maddesinin, "Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır." kuralındaki son tümcesini;

"Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir." gerekçesiyle Anayasanın 2 inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bularak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarihli ve E.2010/29, K. 2010/90 sayılı kararı).

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Bu vazgeçişin iptali istenen kuralla benzer özellik taşıyan tipik örneğini 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 inci maddedeki, “Kurumda; Başkan Yardımcısı, Baş Hukuk Danışmanı ve Daire Başkanı unvanlı görevlerde bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanlarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar. Bu fıkra ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri unvanlarına atanmış sayılanların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanuncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir. Atanmış sayıldıkları unvanlarında isteklerine bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, kendi istekleriyle başka kurumlara atanana fark tazminatı ödenmesine son verilir.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri olarak atanmış sayılanlar, Başkan tarafından belirlenen birimlerde, Başkan tarafından belirlenen görevleri yürütür.” kurallarına ilişkin iptal isteminin;

“Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri 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. Dava konusu kuralda kişilerin 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. Bu kişilerin yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmektedir. Bu nedenle maddede sayılan görevlerde bulunanların görevlerine son verilerek aynı dereceli başkanlık müşavirliği ve araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarını öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel nitelikte bir işlemde söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez. Kuralda belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin hukuki durumlarının düzenlemenin sonucundan etkilenmiş olması bu neticeyi değiştirmez.” gerekçeleriyle REDDİNE karar verilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı ile birlikte 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalardaki kararları;

Statü hukukunda kazanılmış hakkın kamu görevlisinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel hak niteliğine dönüşmüş

(subjektif) hak olduğunu ortaya koymakla birlikte; nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp şahsileşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceği; kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesinin kazanılmış hak sayılamayacağı; çünkü, kural işlemlerin yasakoyucu tarafından her zaman değiştirilebileceği veya yargı organları tarafından iptal edilebileceği; kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılmasıyla ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemin de bundan etkileneneceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

Yapılan bu hukuki-teknik yorumu herkesin anlayabileceği bir örnekle açıklığa kavuşturalım:

Dört yıllık fakülte mezunu iki memurdan biri yürürlükteki mevzuata göre önce “şef”lik sınavını kazanarak şef kadrosuna atanmış; bu görevde belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür yardımcısı” sınavını kazanarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmış; bu görevde de belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür”lük sınavını kazanarak müdürlük kadrosuna atanmış ve yirmi dört yılın sonunda kazanılmış hak aylığı ile kadro görev aylığı birinci dereceye yükselirken; diğer memurumuz ise görevde yükselme sınavlarına girmeyerek ya da girmekle birlikte kazanamayarak memur kadrosunda görev yapmaya devam etmiş ve yirmidört yılın sonunda kadro görev aylığı (birinci dereceli memur kadrosu bulunmadığından) ikinci derecede ve kazanılmış hak aylığı ise ikinci derecenin altıncı kademesine gelmiş olsun.

Durum bu minvalde iken yasa koyucu,

“Kurumların müdür kadrosunda görev yapanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın çalışmakta oldukları kurumların memur kadrolarına atanmış sayılır.

Birinci fıkraya göre memur kadrolarına atananlar, atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir.

Kurumların müdürlük kadrolarına memurlar arasından atama yapılabilir.” şeklinde bir yasal düzenleme yapmış olsun.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği kararların açılımına göre, kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak sayılmayacağı için, yürürlükteki mevzuata (kural işlemlere) göre şef, müdür yardımcısı ve müdürlük sınavına (şart işlem) girip nihayetinde müdürlük kadrosuna atanarak müdür kadro unvanının alınması (özel hukuksal durum) ileriye yönelik kazanılmış hak sayılmamaktadır. Çünkü, yasakoyucu kural işlemleri değiştirme yetkisine sahiptir ve nitelik de yukarıdaki gibi değiştirmiştir. Buna karşın, yine Anayasa Mahkemesi kararlarının açılımına göre, nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp kişiselleşmesinden sonra kazanılmış hak ortaya çıkacağından, memur iken yeni yasaya göre müdür kadrosuna atanan memurumuz için müdür unvanı –Anayasa Mahkemesi yeni yasayı iptal etmediği sürece, ki yukarıdaki gerekçelerle iptal etmemektedir- kazanılmış hak sayılacaktır.

Bu yorum, kamu görevlilerinin idare karşısında subjektif haklarının olamayacağı ve yürürlükteki mevzuata göre edindikleri kadro/görev unvanlarına ilişkin haklarının, hukuk güvenliğinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Oysa, Anayasacılık hareketi, demokratik hukuk devleti ideali ve statü hukuku, güçlü yönetim karşısında, yönetilen güçsüzleri korumak fikrinden doğmuş ve bu yönde gelişerek ete kemiğe bürünmüştür.

Kaldı ki, bu yorumun nitelendirdiği personel sistemine, yönetim bilimi literatüründe, "spoil system" (yağma sistemi) denilmekte ve Karar, uygulandığı Anglo-Sakson ülkelerinde dahi 130 yıl önce rafa kaldırılmış yağma sistemini, hukuk sistemi Kıta Avrupa'sına, personel rejimi ise statü hukukunun liyakat ilkesine dayanan Türkiye'de 21 inci Yüzyılda hukuksallık kazandırma anlamına gelmekte ve hatta bunun da ötesinde bu sonucu doğurmaktadır.

Tarihte "yağma sistemi", Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

On dokuzuncu yüzyıla kadar İngiltere'de yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmaktaydı. Aristokrat sınıfı ise "çalışmak" demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson'ın, 1829'da söylediği "Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır." sözünde bulmaktadır. Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görüliyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883'de yürürlüğe giren Pendleton Act'a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadandan itibaren ABD'de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye'de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri "liyakat ilkesi" üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasanın 70 inci maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; "Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir." şeklinde yorumlayarak, "görevin gerektirdiği nitelikler"den "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, "sınıflandırma", "kariyer", "liyakat" olarak ortaya konulmuş; liyakat-yeterlilik, "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallaştırılmıştır. Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı olağan atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, her bir olay, statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelini liyakat ilkesi olduğu gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmek durumundadır.

Bununla birlikte, Anayasal yorumda kamu personelinin kazanılmış hakları, hukuki-teknik bağlamında nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde statü hukukunun temel özelliği, kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise, bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmeler de en azından buldukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksi, seçilmişlerin despotizmidir.

İptali istenen, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla tamamının Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanmalarını öngörmemektedir. Çünkü, Devlet Gelir Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek bir görev değil, Devlet Gelir Uzmanları Gelir İdaresi Başkanlığında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl görev yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunmaların atanmalarını, bunların da tamamını değil, "atanabilir" ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuk devleti idealinin gerçekleşebilmesi için bireylerin kazanılmış haklarına saygı gösterilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir. Hukuk devletinde yasaların genel olması, belli kişileri hedef almaması, özel bir durumu gözetmemesi, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanacak kurallar içermesi gerekir. Yasal kuralların genelliği, herkes için objektif durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması demektir.

Oysa, iptali istenen kural, kazanılmış hakkı yok saymanın yanında aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda görevin gerekleri, kariyer ve liyakat dışındaki başka argümanlarla Siyasal İktidarın sorun olarak gördüğü kişilerin, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir.

"Doğruluğun düşünce sistemlerinin ilk erdemi olması gibi, adalet de toplumsal kurumların ilk erdemidir... Kanunlar ve kurumlar ne kadar etkin ve iyi düzenlenmiş olursa olsun, şayet adaletsiz iseler, yeniden düzenlenmeli ya da kaldırılmalıdır... adalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı kınanmasını kabul etmez... adaletin sağlamış olduğu haklar politik pazarlığa veya toplumsal çıkar hesaplarına bağlı değildir... bir adaletsizliğe ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için müsamaha gösterilebilir." (Bkz. RAWLS, John; A Theory of Justice, s:3-4, Oxford University Press, 1985.).

Grup Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanı kadrolarına atanmış bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından buldukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, adaletli bir hukuk düzeninde meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından 3 yıl görev yapıp halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına

atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasanın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamamın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı hukuksuzluğa, adaletsizliğe ve eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda, sadece edinilmiş mali hakları/maaşı kazanılmış haklardan saymış ve mevcut mali hakların/maaşın nominal olarak sabitlenip yeni atandıkları kadrolardaki maaşa eşitleninceye kadar tazminat olarak ödenmesini, yani kişilerin nominal ücreti sabitlenir ve ücretleri reel olarak gerilerken, nominal ücrete ilişkin mali hakların saklı tutulmasını, sanki ücret nominal olarak saklı tutulunca reel olarak da korunuyormuş gibi değerlendirerek kazanılmış mali hakların korunması olarak nitelendirmiştir.

Ancak, iptali istenen düzenlemede grup başkanı, daire başkanı ve vergi dairesi başkanı kadrolarında iken, Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Devlet Gelir Uzmanlarından 1. dereceden aylık alanlar gibi 3600 puandır.

Ancak, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar"da Grup Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanlarına en yüksek Devlet memuru aylığının %210'u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Devlet Gelir Uzmanlarından 1. Dereceden aylık alanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı oranı ise %120'dir.

Bilindiği üzere 375 sayılı KHK'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle eklenen Ek 10. Maddeyle bazı görevlerde bulunanların aylıkları yeniden düzenlenmiştir. Ek 10. Maddeye ekli "(II) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)'nde; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Daire Başkanı olanlara 54.300 puan Ücret Göstergesi ve 30.000 puan Tazminat Göstergesi; Grup Başkanlarına 51.900 puan Ücret Göstergesi ve 28.575 puan Tazminat Göstergesi; taşra teşkilatında İstanbul, Ankara ve İzmir Vergi Dairesi Başkanlarına 50.750 puan Ücret ve 27.950 puan Tazminat Göstergesi, büyükşehir belediyesi bulunan illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 46.850 puan Ücret Göstergesi ve 25.775 puan Tazminat Göstergesi, diğer illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 45.800 puan Ücret Göstergesi ve 25.200 puan Tazminat Göstergesi öngörülür iken; Devlet Gelir Uzmanlarına ise (III) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (c) Bendi Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)'nde 1. dereceden aylık alanlara 46.450 puan Ücret Göstergesi ve 25.560 puan Tazminat Göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda, reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kazanılmış mali hakları dahi korumadığı Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine bu yönüyle de aykırıdır.

Yükarıda bütün ayrıntılarıyla açıkladığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

21) 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, “5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilmiş” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle, 5393 sayılı Kanunun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilerek; il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000’i geçen belediyelerin; sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla “arsa” yerine “taşınmaz” tahsis edebilmesi öngörülmektedir.

Taşınmaz mal kapsamına; (a) arz üzerinde sabit olan arazi; arazinin tamamlayıcı parçası sayılan tarla, bağ, bahçe, arsa, bina, apartman, dükkan, fabrika, otel, motel, sosyal tesis vb. ile yeraltındaki kaynak ve madenler ; (b) tapu kütüğüne müstakil ve daimi olarak kayıtlı aynı haklar (üst hakkı, kaynak hakkı, irtifak hakkı vb.); ve (c) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler girmektedir.

Nitekim; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 704. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin konusunu (i) arazi, (ii) tapu kütüğünde ayrı sayfada kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile (iii) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin oluşturduğu hüküm altına alınmış; 718. maddesinde arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı ve bu mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakların da girdiği belirtilmiş; 726. maddesinde ise bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, irtifak hakkı sahibine ait olacağı ve bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasının, Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olup bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamayacağı kurallaştırılmıştır.

5393 sayılı Kanunun 14. maddesinde belediyenin, “mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (...) sosyal hizmet ve yardım, ... ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi...” hizmetlerini yapacağı ve yapacağı (1/a); “... sağlıkla ilgili her türlü tesisi ...” açabileceği ve işletebileceği (1/b); 15. maddesinde belediyenin, “Mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesis etmek.” (1/h) yetkilerine sahip olduğu; 18. maddesinde, “Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine” karar vermeye belediye meclisinin yetkili olduğu kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, belediyeler sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla sadece “arsa” tahsis edebilirlerken; 6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle değiştirilen ibareyle birlikte, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek

projeler için arsa tahsisine ek olarak hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. tahsis edebilecek ve hatta mülkiyetinde bu binalar hali hazırda yok ise bunları Belediyelerin 5393 sayılı Kanundaki görev, yetki ve imtiyazları çerçevesinde satın alıp, inşa edip, tefrişatını tamamladıktan sonra da bedelsiz veya düşük bir bedelle verebilecektir.

Ancak, 5393 sayılı Kanununun 15. maddesinin beşinci fıkrasında “geliştirilecek projelere” denilip başkaca bir ölçüte yer verilmediğinden, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler; ister kamu idareleri, ister kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ister kamu yararına çalışan veya çalışmayan dernekler, ister vergi muafiyeti tanınmış veya tanınmamış vakıflar, isterse de ticari amaçla kurulmuş özel şahıslara ait ticari şirketler tarafından gerçekleştirilsin fark etmeyecek; belediyeler meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayıyla söz konusu taşınmazlarını düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese verebilecektir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 1. maddesinde, “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” denilmiş ve 2. maddesinde “demokratik devlet” ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu “genel irade”; yürütme gücü açısından ise “genel çıkar”lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzen ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzen, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failer olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir.

Anayasanın 127. maddesinde, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzel kişileri olduğu ve kuruluş ve görevleriyle yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise yasakoyucu, turizm, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (...) sosyal hizmet ve yardım, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi, sağlığa ilgili her türlü tesisin yapılması, yaptırılması, açılması ve işletilmesini mahalli müşterek hizmetlerden sayarak belediyelere görev olarak vermiştir.

Belediye mahalli müşterek nitelikteki bu görevlerini daha etkili, verimli ve halka yakın yapabilmek ve kaynaklarını rasyonel kullanabilmek için üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve sivil alanda faaliyet gösteren örgütlü yapılar ile kişilerin destek, katkı ve yardımlarına ihtiyaç duyabilir; duymasa dahi hemşerilik bilincini geliştirmek, hemşerilik hukukunu yerleştirmek ve katılımcı demokrasiyi yerel düzeyde hayata geçirebilmek için görevlerinin yerine getirilmesine sivil alanın katkısını sağlayacak katılımcı yapı ve süreçlere işlerlik kazandırabilir.

Nitekim, bu amaçla 5393 sayılı Kanununun 13. maddesinde, katılımcı belediye yönetimi teşvik edilmenin yanında, 75. maddesinde, belediyenin görev ve sorumluluk alanına giren konularda -ki bunların içine, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizm de girmektedir-,

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar, mahallin en büyük mülki amirinin izninin alınması koşuluyla diğer dernek ve vakıflar ile 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirilebilmesi öngörülmüştür.

Belediyenin görevleri arasında yer alan mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil alandaki dernek, vakıf ve meslek odaları ile ortak projeler geliştirilmesi de öngörülmüş ve dolayısıyla bu alanlarda faaliyet yürütenlerin mahalli müşterek nitelikteki kamusal hizmetlere katılım yolları açık tutulmuşken; belediyelere 5393 sayılı Kanunla verilen görevlerin yapılması amacıyla belediye kaynaklarıyla edinilen veya belediye kaynaklarıyla yaptırılan hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut gibi herkese/halka ait her türlü taşınmazın, “sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek proje” gerekçesiyle ve belediye meclisinin kararı ve İçişleri Bakanının onayıyla, dernek ve vakıflar yanında kar amacıyla çalışan özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması; başka bir anlatımla halkın ortak mallarının ya da herkese ait olan malların, özgülendiği kamu hizmetinden/yararından koparılması Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde “hukuk devleti” ilkesine yer verilmiştir. 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadına göre kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçülerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olmasında, kamu yararı olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi Belediyelere verilen görevleri yerine getirmek üzere edinilen taşınmazların kamu yararından/hizmetinden koparılarak üçüncü şahıslara düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması mahalli müşterek hizmetlerin yürütülmesini sekteye uğratabilecek nitelikte olduğundan Anayasanın 127. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, “5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilmiş” ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

22) 6552 sayılı Kanununun 128. maddesindeki, "... sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, ..." ibaresi ile 129. maddesindeki "... üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş ..." ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 128. maddesiyle 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresi "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştirilerek, 129. maddesiyle de 5747 sayılı Kanununun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Barbaros Mahallesinin" ibaresi eklenerek; Ataşehir İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçesinin ve dolayısıyla Ataşehir Belediyesinin sınırlarından çıkarılarak Ümraniye İlçesine ve dolayısıyla Ümraniye Belediyesine bağlanmaktadır.

6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendinde "Aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde; Ekli (16) sayılı listede adları yazılı mahalleler ile mahalle kısımları merkez olmak ve aynı adla bir belediye kurulmak üzere İstanbul İlinde Ataşehir ... adlarıyla ... ilçe kurulmuştur." denilmiş ve ekli "(16) Sayılı Liste İstanbul İli Ataşehir İlçesine Bağlanan Mahalleler" in 8. sırasında "Kadıköy İlçe Belediyesine bağlı Barbaros" denilerek Kadıköy İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir Belediyesine bağlanmıştır.

26.8.2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmi gazetede yayımlanan 2011/2063 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki kararda ve eki krokide Barbaros Mahallesi yapılacak "İstanbul Uluslararası Finans Merkezi"nin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir (EK-2/1).

Barbaros Mahallesinin Kadıköy İlçesinden ve dolayısıyla Kadıköy Belediyesinden alınarak Ataşehir adıyla kurulan İlçeye ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesine bağlanmasından sonra Barbaros Mahallesinin Kadıköy Tapu Sicil Müdürlüklerine kayıtlı bir kısım taşınmaz dosyalarının Ataşehir Tapu Müdürlüğü yerine yanlışlıkla Ümraniye Tapu Müdürlüğüne gönderilmesi sonucu Ataşehir Belediyesi ile Ümraniye Belediyesi arasında sınır uyuşmazlığı çıkmış ve emlak vergilerinin tahsilinden dolayı İstanbul Vergi Mahkemelerinde davalar açılmıştır.

İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin 31.3.2013 tarihli ve E2013/3059, K:2014/687 sayılı, 31.3.2013 tarihli ve E.2013/3060, K:2014/688 sayılı, 31.3.2014 tarihli ve E:2013/3061, K:2014/689 sayılı, 31.3.2014 tarihli E:2013/3063, K:2014/690 sayılı, 31.03.2014 tarihli E:2013/3064, K:2014/691 sayılı, 23.05.2013 tarihli ve E:2013/3062, K:2014/1236 sayılı, 23.05.2014 tarihli E:2013/3065, K:2014/1237 sayılı (EK:2/2a,b,c,d,e,f)kararlarında Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarında olduğu karara bağlanmıştır.

Sınır uyuşmazlığına ilişkin İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuşuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu ortaya konmuştur (EK:2/3).

Barbaros Mahallesinin 6552 sayılı Kanununun 128. ve 129. maddeleriyle Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve

dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasının temelinde, Barbaros Mahallesi kurulmasıyla ilgili olarak yapılan çalışmaların çerçevesinde, İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi” yerleşkesi yatmakta, siyasi iktidar “İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi” yerleşkesini kendisine ait belediye bağlamak istemektedir.

Anayasanın 126. maddesinin birinci fıkrasında, “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır.” denilerek il ve ilçe idarelerinin kurulması ve sınırlarının belirlenmesinde (i) coğrafi konum, (ii) ekonomik şartlar ve (iii) kamu hizmetinin gerekleri ölçütlerini koymuştur.

10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesinin (A) fıkrasında, il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanmasının kanun ile yapılacağı belirtildikten sonra (D) fıkrasında, “Kaza kurulmasında ve kaldırılmasında, bir kazanın başka bir vilayete bağlanmasında ve merkezinin belirtilmesinde, sınırlarının değiştirilmesinde ve (B, C, Ç) fıkralarında yazılı hallerde ilgili vilayetler idare heyetleriyle umumi meclislerinin mütalaaları alınır.” kuralına yer verilmiştir.

5442 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (D) fıkrasında, ilçe sınırlarının değiştirilmesinde il idare kurulu ile il genel meclisinin mütalaalarının alınmasını zorunlu görülmesinin temelinde, sınırı değiştirilecek yerleşim yerinin coğrafi konumunu, ekonomik şartlarını ve kamu hizmetlerinin gereklerini, yasakoyucunun değil, yerel meclislerin bilebileceği düşüncesi yatmaktadır.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 128. ve 129. maddeleriyle Barbaros Mahallesi, Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanırken, İstanbul İl İdare Kurulu'nun görüşü alınmamış; Barbaros Mahallesi'nin coğrafi konum, ekonomik şartlar ve kamu hizmetinin gerekleri bakımından Ümraniye İlçesine bağlanmasının gerekçeleri ortaya konulmamıştır.

Kaldı ki Barbaros Mahallesi hiçbir zaman Ümraniye İlçesinin bir mahallesi olmamış; Ataşehir İlçesine 5747 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendiyle Kadıköy İlçesinden geçmiş; İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuzsuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir.

Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içindedir ve Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçe Belediyesi Hizmet Binasına yaklaşık 500 metre mesafede iken, Ümraniye İlçe Belediyesi Hizmet Binasına ise yaklaşık 10 km. uzaklıktadır.

Bu itibarla, eldeki teknik bilirkişi raporu, yargı kararları ve Bakanlar Kurulu Kararı Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğunu ortaya koyarken, coğrafi ve ekonomik şartlar ile kamu hizmetlerinin gerekleri ortaya konulmadan ve İstanbul İl İdare Kurulunun görüşü alınmadan Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 126. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu

geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve 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. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ortada coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Barbaros Mahallesi'nin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarından çıkarılarak, Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasını zorunlu kılan hiçbir gerekçe yoktur. Tek neden, "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin Barbaros Mahallesi'nde yapılıyor olmasıdır. Siyasi iktidarın "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin kendi partisinin belediye sınırları içinde olmasını istediği için iptali istenen düzenlemeyi yapmıştır. Bu itibarla iptali istenen düzenlemede kamu yararı olmadığı gibi adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle de uyum olmadığından hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 128. maddesindeki, "... sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesi'nin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, ..." ibaresi ile 129. maddesindeki "... üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesi'nin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesi'nin' ibaresi eklenmiş ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

23) 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(a) Birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ..." ibaresi ile "... Bakanlıkça belirlenecek ..." ibaresinin ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." Şeklindeki Altıncı Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

aa) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), Türkiye'nin 24 Ocak 1980 Kararlarıyla ekonominin dış açılması ve ihracata yönlendirilmesi hedefinin bir parçası olarak özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, müteahhlik ve lojistik başta olmak üzere dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, ve yurt içi ve yurt dışı yatırım imkânlarını araştırmak, yatırımları ihracatçı sektörlerle yöneltmek ve ihracatı artırmak amaçlarına yönelik olarak dönemin Başbakanı merhum Turgut Özal'ın öneri ve teşvikleriyle Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak ve dernek statüsünde kurulmuştur. 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle ise özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşmuştur.

5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin DEİK'in kuruluş ve görevlerine ilişkin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledi:

"Birliğin gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet

amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. Kurul ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürütür.

Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esaslar Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kurulun bütçesi, kurucu kuruluşların Kurul yönetim kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşur. Kurul bütçesini Birlik denetler.”

6552 sayılı Kanun'un 144. maddesiyle 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin yukarıda yer verilen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılırken; 142. maddesiyle ise 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi değiştirilerek (2) numaralı fıkrasıyla şöyle bir DEİK öngörüldü:

“Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, Bakanlıkça belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. DEİK, ikili ekonomik ilişkilerini İş Konseyleri aracılığıyla yürütür. DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir. DEİK'in bütçesi, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşur. DEİK bütçesini Bakanlık denetler. Bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümler uygulanmaz.”

Böylece, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, Ekonomi Bakanlığının gözetimi ve denetimi altında olması, DEİK bütçesini Ekonomi Bakanlığının denetlemesi ve DEİK kurucuları ile üyelerini Ekonomi Bakanlığının belirlemesi DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenmesi ve bu hükümlerin uygulanması sırasında diğer kanunlarda yer alan benzer veya aynı mahiyette hükümlerin uygulanmaması öngörülmüştür.

ab) Anayasaya Aykırılık Sorunu

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu hizmetlerini kamu yararına kamusal yapı ve süreçlerde yürüten kamu idarelerinden olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir. Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsündedir.

Nitekim, 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde dernek, “Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve

çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder.” şeklinde tanımlanarak “bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek” amacı ile tüzel kişiliklerine vurgu yapılmış; 36. maddesinde ise “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır.” denilerek özel hukuk hükümlerine tabiliği ortaya konmuştur.

Bu bağlamda, Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmayan DEİK, görevleri ve hukuki statüsü bağlamında dernektir ve her dernek gibi aksine bir düzenleme olmadığı sürece –aksine düzenleme Anayasaya aykırı olur- 5253 sayılı Dernekler Kanununa tabidir.

Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında ancak kamu hizmetlerini kamu hukukuna tabi süreçlerde kamu yararına yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuş ilgili ve ilişkili kuruluşları olabilir ve Ekonomi Bakanlığı ancak ilgili ve ilişkili kuruluşlarının bütçelerini denetleyebilir.

Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının dahi organlarının kendi üyeleri tarafından kamuda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçileceği ve bunlar üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kurulların kanunla düzenleneceği öngörülmüştür; “özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip” olarak kurulan DEİK'in kurucularının ve yönetiminin Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi, bırakınız “demokratik hukuk devleti” ilkesine dayanan Anayasal Cumhuriyetleri, korporatist Faşist devletlerde dahi görülmemiştir.

Oysa, 6552 sayılı Kanununun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayanılarak Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in (bundan sonra Yönetmelik) 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu, Bakanlık tarafından belirlenen ve Ek-1’de yer alan kurucu kuruluşlardan oluşur.” denilerek, “EK-1 DEİK Kurucu Kuruluşları” listesinde 99 kurucu kuruluşu yer verilirken; (2) numaralı fıkrasında ise “Bakanlık, kurucu kuruluş statüsünü sona erdirmeye ve yeni kuruluş eklemeye yetkilidir” denilerek, Bakanlığa kurucu kuruluşlar arasında yer verilen kuruluşların tepesinde “Demokles’in Kılıcı” olma işlevi yüklenmiştir.

Yönetmelikte bunlarla yetinilmemiş; 7. maddesinde DEİK Genel Kurulu'nun 4. maddenin (1) numaralı fıkrasınca Bakanlık tarafından belirlenmiş olan 99 kurucu kuruluşun her birinden birer üyeden 99 üye; İş Konseyi başkanları; Bakanlıkça ayrıca belirlenecek yirmibeş üye ve DEİK onursal üyelerinden oluşacağı belirtilmiş; 8. maddenin (1/b) bendinde DEİK onursal üyelerini Genel Kurul'un seçeceği ve 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise İş Konseylerinin Yönetim Kurulunun önerisi ile Bakanlıkça kurulacağı ve gerektiğinde aynı şekilde sona erdirileceği belirtilerek DEİK Genel Kurulu değil de sanki Ekonomi Bakanlığına bağlı bir Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT)nün yönetim kurulu oluşturuluyormuşçasına doğrudan ve dolaylı yollarla Bakanlık tek ve mutlak belirleyici hale getirilmiş; yetmemiş 9. maddenin (2) numaralı fıkrasında DEİK Yönetim Kurulu Başkanının Ekonomi Bakanı tarafından belirleneceği (atanacağı demek lazım) ve görevden alınacağı; 19. maddesinin (3) numaralı fıkrasında DEİK Genel Sekreterinin Yönetim Kurulunun tavsiyesi üzerine Bakanlığın onayı ile atanacağı, gerek görülürse aynı usulle Genel Sekreter Yardımcılarının da atanacağı belirtilerek idari kadronun belirlenmesi dahi Bakanlığın tekeline alınmış; yetmemiş 28. maddenin (3) numaralı fıkrasında; “Bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde 2015 yılında gerçekleştirilecek Genel Kurul toplantı

tarihine kadar görev yapacak Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri Ek-2'de yer alan kişilerden oluşur." denilerek Bakanlığın belirlediği 35 işadammının ismi Yönetim Kurulu Üyeleri listesinde, 5 işadammının ismi ise Denetim Kurulu Üyeleri listesinde sayılmıştır.

DEİK'in görevi özel sektörün değil de KİT'lerin dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, özel hukuk hükümlerine tabi özel hukuk tüzel kişisi değil de Ekonomi Bakanlığı'nın yurtdışı teşkilatıymışçasına yukarıdaki şekilde düzenlendikten sonra 24. maddesinde, DEİK'in gelirlerinin; kurucu kuruluşlar arasında yer alan ve Yönetmeliğin 9. maddesinde sayılan TOBB, TIM, TÜSİAD, MÜSİAD ve TMB'nin bir önceki yıl gelirlerinin yüzde birinin; EK-1'de sayılan 99 kurucu kuruluştan İhracatçı Birlikleri, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret ve Sanayi Odalarının bir önceki yıl gelirlerinin binde beşinin ve diğer kurucularından ise alınacak üyelik aidatlarından oluşması öngörülmüş ve 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasıyla da DEİK'in malvarlığına el konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında verdiği;

18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında; 4059 sayılı Kanunun 6. maddesindeki, "İhracatçı Birlikleri, İthalatçı Birlikleri ve bunların üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyişleri, gelirleri, gelirlerinin kullanım esasları, işgal sahaları, denetimleri, organları ve üyeliğe ilişkin esasları ile üyelerinin hak ve yükümlülüklerini gösteren statüleri Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenir." kuralını;

"Birlikler, bu yapılarıyla, Anayasanın 123. maddesi kapsamında yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzelkişileri olmadıkları gibi, amaçları, işlevleri ve nitelikleri itibarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzemekle birlikte, kuruluş ve tüzelkişiliklerinin yasayla oluşturulmaması, organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması ve bağlı kuruluş olarak gösterilmeleri nedeniyle Anayasanın 135. maddesinde yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamına da girmemektedir. Bu birlikler, Anayasanın ne 123. ne de 135. maddesine göre tüzelkişilik kazanan kuruluş niteliğindedir." gerekçesiyle, Anayasanın 7., 123. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

6.11.2008 günlü ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararında; 5661 sayılı Kanunun 2. maddesindeki, "Tarım ve Köyşleri Bakanlığının çiftçi kayıt sistemine kayıtlı çiftçilerden, her türlü ayni ve nakdi yardım, avans, sübvansiyon, prim gibi tarımsal destekleme ve/veya kredi kullanılması işlemlerinde çiftçi belgesi aranmaz." kuralını;

"Dava konusu kuralların, meslekle bağlantılı kimi alanlarda meslek kuruluşu tarafından verilen belgenin kullanılmasını sınırlandırması ve böylece mesleğin en önemli organının oluşumunu işlevsiz hale getirmesi, Ziraat Odalarının işleyişinde, demokrasiye ve hukuk güvenliğine aykırı düşen, demokratik örgütlenmenin sürekliliğini zaafa uğratan bir düzenlemedir." gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

10.1.2013 tarihli ve E.2012/128, K.2013/7 sayılı kararında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 16. ve 38. maddelerindeki, "Üst üste iki dönem meclis başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler." kuralı ile 40. maddesindeki "Üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler." kuralını;

"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile odalar ve borsaların meclis başkanlığı, yönetim kurulu başkanlığı, konye başkanlığı ve Birlik Başkanlığı gibi görevlere 'seçilme hakkı' demokratik bir haktır. İptali istenen kurullarla, Anayasanın 135. maddesinde öngörülmeven belli süre başkanlık yapanların aradan sekiz yıl geçmedikçe yeniden seçilemeyeceklerine ilişkin yasağın demokratik gereklerle izahı mümkün değildir. Bu yasak seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşmasını engellediğinden üyeler yönünden 'seçme' adaylar yönünden 'seçilme' hakkına müdahale oluşturmuştur. Kamu kurumu niteliğinde olsa da sivil toplum örgütlerine bu tür seçilememe yasakları getirilmesi demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacağından Anayasaya aykırılık oluşturur." gerekçesiyle, Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi dernekler hakkında verdiği;

7.10.1996 günlü ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında; 1996 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 14. maddesindeki, "Genel ve katma bütçeli kuruluşlar bütçelerindeki faaliyetinde yer alan ödeneklerden yapacakları yardımlarda; anılan kurumların bütçeden alacakları yardımlarla gerçekleştirecekleri hizmet ve faaliyetlerini gösteren plan ve iş programlarını istemek, bunlar üzerinde gerekli incelemeyi yapmak, plan ile iş programlarının gerçekleştirme durumlarını izlemekle yükümlüdürler. Yardımlar yukarıdaki incelemelere bağlı olarak gerektiğinde taksitler halinde yapılabilir." kuralını;

"2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 61. maddesinin ikinci fıkrasında "genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı müesseseler ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait kuruluşlar, ancak kamu yararına çalışan derneklere ... yardım edebilirler" denilmekte, 45. maddesinde bunların hesap, defter ve işlemleri ile çalışmalarına ilişkin denetimlerinin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı belirtilmekte, 47. maddesinde ise, kamu yararına çalışan derneklerin mali denetimlerinin gerekli olduğunda Maliye Bakanlığınca da yapılacağı kurala bağlanmaktadır. Oysa, iptali istenen 14. maddede kamu yararına çalışan-çalışmayan ayrımı yapılmadan kimi dernekleri denetleme ve izleme görevi yardımı yapan kuruluşlara verilmektedir.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 78. maddesinde de vakıfların çalışma ve denetimlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilerek Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu konuda görevler verilmiştir.

Bu durumda, Bütçe Yasası'nın 14. maddesiyle Dernekler Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun kimi maddelerinde değişiklik yapıldığı açıktır." gerekçesiyle, Anayasanın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

24.12.2003 günlü ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararında, 4552 sayılı Kanunla değiştirilen 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 71. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki, "Türkiye Kızılay Derneği kuruluş amacına ve uluslararası anlaşmalarla tayin edilen nitelik ve durumuna göre; Türk Hava Kurumu ise kuruluş amacına göre düzenlenen tüzüklerine ve kanunların verdiği görev ve yetkilere uygun olarak teşkilatlanır ve yönetilir.

Bakanlar Kurulu, Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun;

1. Genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylamaya,
2. Denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine,

a) Organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya,

b) Tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye,

Yetkilidir.” kuralını;

“İtiraz konusu kurullarla Türk Hava Kurumu'nun yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yürütmenin yetkili kılınması ve organların görevlerine son verilmesi, Anayasanın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kurullar Anayasanın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.” gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak Türk Hava Kurumu yönünden;

13.7.2004 günlü ve E.2004/52, K.2004/94 sayılı kararıyla ise aynı kuralı aynı gerekçelerle Türk Kızılay Derneği yönünden Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

5.1.2006 günlü ve E. 2005/8, K. 2006/2 sayılı kararıyla; 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinin “Kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, ağır hapis veya ağır para cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılanların yerlerine, kesin hükme kadar, öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere görevlendirme yapılır.” şeklindeki üçüncü fıkrasının son cümlesini;

“Derneklerin organlarında görev alan üye veya ilgili personelin herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılmaları halinde yerlerine hangi usülle seçim yapılacağıın her derneğin kendi tüzüğünde belirlenmesi, dernek kurma özgürlüğünün doğal sonucudur.

İptali istenen kuralla, dernek organlarındaki görevlerinden uzaklaştırılan üyeler veya diğer ilgili personelin yerine, kesin hükme kadar öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere, İçişleri Bakanı'nca görevlendirme yapılması dernek kurma özgürlüğüne Anayasanın 33. maddesinde öngörülmeleyen bir müdahale oluşturmaktadır.” gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasanın Başlangıcında, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ortaya konulmuş; 1. maddesinde “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” denilmiş; 2. maddesinde “demokratik devlet” ve “hukuk devleti” ilkelerine yer verilmiş; 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin görevleri arasında sayılmış; 33. maddesinde dernek kurma hürriyeti temel bir insan hakkı olarak düzenlenerek, “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ve üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye

olmaya ve dernekçe üye kalmaya zorlanamaz.” denilmiştir; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak sadece kamunla sınırlanabileceğı; bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçünlülük ilkelerine aykırı olmayacağı kurallaştırılmış; 123. maddesinde idarenin kuruluşu düzenlenirken; 135. maddesinde ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yer verilmiştir.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in; Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında da belirtildiğı üzere Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemelerin Anayasanın 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğı; özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsünde olduğu açıktır.

Hukuken dernek statüsünde olan ve niteliğı itibariyle hukuken 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na tabi bulunması gereken bir organizasyonun, görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması, Anayasa Mahkemesi'nin 7.10.1996 günlü ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında vurgulandığı üzere denetimleri sivil alana ilişkin sivil toplum kuruluşları oldukları gözetilerek Dernekler Kanunu hükümlerine göre yapılacak iken, Ekonomi Bakanlığının hiyerarşik bir birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşmuşçasına bütçelerini Ekonomi Bakanlığının denetlemesi ve DEİK kurucularının sivil alanda demokratik örgütlenme özgürlüğünü ortadan kaldırır şekilde Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi; Anayasanın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek kurma, derneğe üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğünün, Anayasada yer almayan sebeplerle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak şekilde özünün ölçüsüzce ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan, iptali istenen, “Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında” ile “Bakanlıkça belirlenecek” ibareleri ve “DEİK bütçesini Bakanlık denetler.” cümlesi, Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmamakla birlikte kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu benzeri bir organizasyon olduğu ileri sürülse dahi, Anayasanın 135. maddesinde öngörüldüğü üzere üyelerinin belirli bir mesleğe mensup olanlar yerine Ekonomi Bakanlığınca belirlenenler olması, Anayasanın 135. maddesinde belirtildiğı ve Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında vurgulandığı üzere “organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması”; faaliyetlerini özerk yürütmek yerine Ekonomi Bakanlığının gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması ve Devletin idari ve mali denetimi yerine vesayet denetimini de açacak şekilde bütçelerinin doğrudan Ekonomi Bakanlığınca denetlenecek olması, Anayasanın 135. maddesindeki kurullarla da bağdaşmamaktadır.

Asıl vahimi, iptali istenen düzenlemelerin Anayasal siyasal rejimle bağdaşmazlığıdır. Cumhuriyet olarak nitelendirilen demokrasi kavrayışı kamusal alan ile sivil alanın birbirinden yalıtılması ve sivil alana örgütlenme özgürlüğü sağlanmasını gerekli kılar. Tasarruf, yatırım ve üretimin artırılarak işsizliğin düşürülmesi, eğitim, sanayi ve teknoloji politikalarıyla tasarrufların yüksek katma değerli alanlara yatırılması, dış ve iç yatırım olanaklarının araştırılması, dış ekonomik ilişkilerin geliştirilerek ekonominin ihracatçı ve döviz kazandırıcı sektörlere yönltilmesi vb. amaçlar geçmişte olduğu gibi

günümüzde de ülkelerin bugünü ve geleceği açısından fazlasıyla önemlidir ve bu alanda Devlete de görevler düştüğü şüphesizdir. Anayasada bu görevlere de yer verildiğinden Devlet'in bu görevlerini yerine getirebilmesi için, Ekonomi Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı gibi bakanlıklar yanında Kalkınma Ajansları, TÜBİTAK, TSE gibi kamu idareleri kurularak bunlara kuruluş kanunlarında ekonomiye ve dış ekonomik ilişkilere ilişkin görevler verilmiş ve Anayasanın 166. maddesinde Ekonomik ve Sosyal Konsey öngörülmüştür. Tüm bunların yetmemesi durumunda iş dünyası örgütleri ile ortak proje ve çalıştaylar gerçekleştirilerek aynı hedeflere yönelmesinin önünde hukuksal engeller yoktur.

Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan demokrasi, Anayasanın Başlangıç kısmıyla 2. ve 5. maddelerinde, devletin dayanmak, korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğu ilkeler arasında yer almakta, güçler ayrılığı, bağımsız ve tarafsız yargı, güvence altına alınmış özgürlükçü yapısı hukuk devletinin altyapısını oluşturmaktadır. Demokrasilerin ayırt edici özelliği, insan haklarının en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması, özgürlük, serbest irade, hukuk güvenliği ve serbest seçimlere dayanmasıdır.

Demokrasi, siyasal rejimin ötesinde aynı zamanda bir yaşam biçimidir ve siyasal alandaki varlığı ve devamlılığı sivil alandaki köklerinin yaygınlığı ile sağlanmaktadır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nun hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuşçasına görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütmesi, bütçesinin Ekonomi Bakanlığı'nın denetimine tabi olması ve kurucularının Ekonomi Bakanlığınca belirlenip yöneticilerinin Ekonomi Bakanlığınca atanmasına ilişkin iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2. maddesinde temel nitelikleri belirtilen demokratik devlet ilkesine ve devletin temel amaç ve görevleri belirtilen 5. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanununun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ..." ibaresi ile "... Bakanlıkça belirlenecek ..." ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33. 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanununun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK'in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurullaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gereğçeler’in 23/a maddesinde) açıklanmıştır.

Anayasanın 124. maddesinde, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir.” kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, “kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak” amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapılamaz.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; “özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek” Ekonomi Bakanlığı’nun görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gereğçeler’in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK’in ve DEİK’e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı’nun düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK’in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı’nun hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluşmuş gibi düzenlenen DEİK’in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

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

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnemenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(c) Yedinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesiyle, 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyeteki hükümlerin uygulanmayacağı kurallaştırılmıştır.

Diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin başında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yer almakla birlikte, söz konusu hükümler 6552 sayılı Kanunun 144. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış; birinci ve ikinci fıkraları ise yürürlüktedir. Dolayısıyla iptali istenen cümle bağlamında 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmayacaktır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir ve tanımlayıcı niteliklerine (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olması) göre hukuksal olarak dernek statüsündedir. Nitekim, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesindeki tanıma göre de hukuken dernektir. Dolayısıyla 5253 sayılı Dernekler Kanununun ve 5253 sayılı Kanunun 36. maddesindeki "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır." göndermesiyle de 4721 sayılı Kanunun kapsamındadır.

İptali istenen düzenleme ise DEİK ile kuruluşuna katılacakların Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğünü hayata taşıyan 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile Anayasanın İkinci Kısım- Birinci ve İkinci Bölümlerindeki temel hak ve hürriyetleri hayata taşıyan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinden yararlanmalarını öngörmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların hak ve adalet ölçülerine uygun olması ve kamu yararını gerçekleştirme hedeflemesi hukuk devleti olmanın gerekleri arasındadır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan ve tanımlayıcı özellikleri itibarıyla hukuken dernek statüsünde olan DEİK hakkında Dernekler Kanunu ve hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmaması yoluyla, DEİK kurucuları ile kurucu adaylarının Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğü ile Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarının engellenmesinde kamu yararı olmadığı, demokratik devlet ilkesinin sivil alandaki uzantısı olan demokratik yaşam biçimiyle bağdaşmadığı ve insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri ölçüsüzce sınırlandırarak kullanılmaması sonucunu doğurduğu için Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1/a-b) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılmasını ve ihaleye çıkılacak yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu veren düzenlemeler, Anayasaya açık aykırılıklar taşımaktadır.

İptali istenen kuralların uygulanması durumunda kamu hizmetlerindeki bütünlük ve tamamlayıcılık bozularak kamu hizmetleri zaafa uğrayacak ve hukuk sistemi ileride telafisi olmayan zararlar görecektir.

2) *Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi ile 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenmemesini öngören iptali istenen kurallar, Anayasanın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine aykırı olup; uygulanmaları durumunda özellikle toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimleri olan ücretli taşeron işçilerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.*

3) *Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerini 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırıdır ve uygulanması durumunda çalışanların yaşam haklarının sona ermesine yol açacak iş kazalarına davetiye çıkardığından, çalışanların ölüme uzanan ve telafisi olmayan zararlarına yol açacaktır.*

4) *İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda geçmişte olduğu gibi gelecekte de sendikal özgürlüklere büyük bir darbe vurarak çalışan ücretli kesimlerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.*

5) *İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemenin uygulanması durumunda, Ekonomik Sosyal Konseye üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ve sendika üyesi işçiler ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan sendikalar ile üyelerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacak ve demokrasimiz bundan olumsuz etkilenecektir.*

6) *Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatlarının vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Türkiye Barolar Birliğinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.*

7/a-b) *İptali istenen düzenlemeler, Anayasaya aykırıdır. Kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının durdurulması ve suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı uygulama yapılması, hakları ihlal edilen kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacaktır.*

8) *Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmayarak ödedikleri tutarların red ve iade veya mahsup edilmemesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenleme uygulamaya başladığı anda yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin zarar ve ziyarıyla sonuçlanacaktır.*

9) *Usul hukukumuzda fer'i müdahale kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kamun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı*

tanınması, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarına yol açılarak ileride telifisi olmayan maddi zararları ortaya çıkacaktır.

10-11) İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakkında indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanmaları, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemelerin uygulanması, dava açmayarak veya açtığı davadan vazgeçerek yapılanmadan yararlananlar açısından da dava açanlar veya açtıkları davadan vazgeçmeyerek yeniden yapılanmadan yararlanmayanlar açısından da ileride telifisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanlarla sonuçlanacak riskler taşımaktadır.

12) Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenleme'nin uygulanması halinde eser sahibinin mirasçılarının ileride telifisi olmayan maddi zararları yanında düşünce özgürlüğü sınırlanan yurttaşların ileride telifisi olmayan manevi zararları ortaya çıkacaktır.

13) İptali istenen ifade Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine aykırıdır. Denetimi DSİ tarafından yapılan su yapıları için de denetim masrafı alınmasıyla sonuçlanabilecek düzenleme, kişilerin kamu hizmetinden bedelini ödeyerek yararlanmalarına yol açarak ileride telifisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarıyla sonuçlanacaktır.

14) Yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemlerle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, Anayasanın 2., 36. ve 153. Maddelerine aykırıdır ve uygulanması halinde avukatlık hizmetlerinden yararlanmak durumunda olanların bu hizmeti yetkin ve uzman ellerden alamamaları nedeniyle kişiler yönünden ileride telifisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacakken, bir bütün olarak hukuk sistemi de ileride telifisi olmayan olumsuzluklarla karşı karşıya kalacaktır.

15) Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır. Uygulanması halinde üstünden teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılan taşınmaz sahiplerinin ileride telifisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

16) Özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan "kamu yararı"nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alın

hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başka amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçılarının yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda eski malik veya mirasçılarının ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

17) Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin lehine ve kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğinden, Anayasanın 2. Ve 36. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacağı aşıkardır.

18) Meraların yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırıdır. Maddenin uygulanması durumunda bundan hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında meraların işlevi göz önüne alındığında çevreye, çevre sağlığına ve sürdürülebilir çevreye verilecek zarar ve ziyanlar nedeniyle tüm insanlar dahil tüm canlıların ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

19) İptali istenen cümle Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda, aile hekimleri, aile sağlığı elemanları ve Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personelinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

20) Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmalarını öngören düzenleme, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atananların ileride telafisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

21) Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil talep eden herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olması, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda hem belediyelerin, hem belediye hizmetlerinden yararlananların ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

22) Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırıdır. Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğundan İptali istenen düzenlemelerin uygulamada kalması durumunda Barbaros Mahallesi sakinlerinin belediye hizmetlerinden yararlanması sekteye uğrayacağından ileride telafisi zor veya imkansız zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

23/a-b-c) Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuş gibi düzenlenmesi Anayasaya aykırıdır. TOBB'un bünyesindeki DEİK ortadan kaldırılmış, Yönetmelik ile yönetimi feshedilmiş, malvarlığına el konulmuş, fiilen ve hukuken Ekonomi Bakanlığına bağlı yeni bir DEİK kurulmuştur. Düzenlemenin uygulamasının devam etmesi halinde DEİK kurucuları ve kurucu adayları ile üye ve üye adaylarının ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında demokrasimize ve demokratik değerlerimize verdiği zarar her gün artarak devam edecektir.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un;

1) 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin;

a) Birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine,

b) İkinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine,

2) 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez." cümlesi, Anayasanın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine,

3) 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine,

4) 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine,

5) 21. maddesiyle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine,

6) 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki "... ve vekaletname ibrazı ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

7) 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü fıkra, Anayasanın 2., 14. ve 35. maddelerine,

b) Dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine,

8) 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddesinin birinci fıkrasındaki, "ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez." ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

9) 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine,

10) 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

11) 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

12) 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine,

13) 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere..." ibaresi ile "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine,

14) 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine,

15) 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrasındaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine,

16) 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine,

17) 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine,

18) 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine,

19) 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine,

20) 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine,

21) 121. maddesindeki, "5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilmiş" ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine,

22) 128. maddesindeki, "... sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, ..." ibaresi ile 129. maddesindeki "... üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş ve ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine,

23) 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a) Birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ..." ibaresi ile "... Bakanlıkça belirlenecek ..." ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33., 123. ve 135. maddelerine,

b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine,

c) Yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine,

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

B- Ek Dava Dilekçesi Şöyledir:

"Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin(23/b) sırasında iptali istenen hükümler;

"b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik

aidatları ve ...'ibaresinin" şeklinde olacak iken; "yönetmelikte belirtilen" ibaresine yer verilmemiş olması nedeniyle;

"Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '...kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...' ibaresinin" şeklinde yer almıştır.

Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin (23/b) sırasının;

"b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...'ibaresinin" şeklinde düzelttiğimize ilişkin talebimizin kabulünü dilekçede belirtilen ve aşağıda tekrar edilen aynı Gerekçeyle Yüksek Mahkemenizin bilgisine saygılarımızla sunarız.

GEREKÇE

"23) 6552 Sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(b) Dördüncü Cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK'in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklanmıştır.

Anayasanın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak" amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını

ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapamayacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; “özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek” Ekonomi Bakanlığı'nın görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gereğçeler'in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı'nın düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı'nun hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluşmuş gibi düzenlenen DEİK'in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

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

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve

denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır."

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanununun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un iptali istenen kuralların da yer aldığı maddeleri şöyledir:

"MADDE 10- 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal

Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.”

MADDE 13- 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.

22/9/2012 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine ilişkin hüküm bulunan yapım işleri ihalelerinde, yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluşturduğu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden işlerin, 22/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımlarında kullanılan akaryakıtla ilişkin olarak özel tüketim vergisinde gerçekleşen artış nedeniyle fiyat farkı hesaplanmasında 31/8/2013 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hükümleri uygulanır.”

MADDE 15- 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“e) Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri.”

MADDE 20- 6356 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan “yüzde üçünün” ibareleri “yüzde birinin”; 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yüzde üçünden” ibaresi “yüzde birinden”, dördüncü fıkrasında yer alan “yüzde üçünü” ibaresi “yüzde birini” olarak değiştirilmiştir.

“EK MADDE 1- 41 inci maddenin birinci ve beşinci fıkraları ile 43 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde bir üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanır.”

MADDE 38- 5502 sayılı Kanununun 36 ncı maddesi başlığı ile birlikte aşığıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Muafiyetler

MADDE 36- Kurum, bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri dolayısıyla yapılan işlemler yönünden ilgili kanunlarında yer almamış olsa dahi 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre alınan harçlardan, elektrik ve havagazı tüketim vergisi ve yangın sigortası vergisi hariç olmak üzere 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu gereğince alınan vergi, harç, katılma payı ile tasdik ücretlerinden, düzenleyeceği kağıtlar nedeniyle damga vergisinden, sahip olduğu taşınmazlar dolayısıyla emlak vergisinden, satın alınan ve satılan taşınmazlar ile ilgili olarak tapu ve kadastro döner sermaye bedellerinden ve her türlü dava ve icra işlemlerinde teminat yatırma mükellefiyetinden muafır.

Kurumun taraf olduğu her türlü davalarda, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekalet ücreti ve yargılama giderleri, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra yollarına başvurulamaz. Belirtilen sürede ödeme yapılamaması hâlinde, söz konusu alacaklar genel hükümler dairesinde tahsil olunur. Mahkeme kararlarında yer alan miktarların kararın kesinleşmesinden önce ödenmesi hâlinde, söz konusu kararların ilgili mercilerce bozulmasını müteakip ödenen miktarlar, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Kurumu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesi Kurumca yazılı olarak veya Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslar dairesinde elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verilir. Bu listeler, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderilir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilir. Listede isimleri yer alanlar Baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilirler. Vekil sıfatıyla temsil yetkisi sona erenlerin isimleri anılan mercilere aynı usulle derhâl bildirilir.”

MADDE 54- 5510 sayılı Kanununun 103 üncü maddesine aşığıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak, oluşabilecek Kurum alacağı tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya

müaccel alacaklar ödemesi, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabilir. Altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararı kendiliğinden kalkar ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakları ödenmeye devam olunur. Altı aylık süre sonuna kadar ödemesi durdurulan alacaklar ise inceleme veya soruşturma sonuçlanuncaya kadar ödenmez. Ancak, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının 2 nci ve 3 üncü bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararı bu kararı uygulayan Kurum ünitesi tarafından kaldırılır ve Kurum nezdindeki alacakları ödenir.

Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılmaz. Söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde ise feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedelleri ödenmez.

5237 sayılı Kanunda belirtilen ve Kurum zararına neden olan nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiği kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit görülmesi şartıyla; söz konusu fiillerin sağlık hizmeti sunucusunun yöneticileri ve/veya ortakları tarafından işlendiği durumda aynı sağlık hizmeti sunucusuyla veya bunların daha sonra yönetici ve/veya ortak olduğu sağlık hizmeti sunucusuyla hiçbir şekilde sözleşme yapılmaz, bu fiillerin hekimler tarafından işlendiği durumda ise ilgili hekimlerle en az üç yıl süre ile sözleşme yapılmaz. Kesinleşmiş mahkeme kararının beklenmesi sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen fesih sürelerinin uygulanmasına engel olmaz.

5237 sayılı Kanunda belirtilen nitelikli dolandırıcılık fiillerini işleyen sağlık hizmeti sunucusu ve/veya ilgili hekimler hakkında ruhsat iptali de dâhil olmak üzere gerekli tüm iş ve işlemler için keyfiyet Sağlık Bakanlığına bildirilir. Nitelikli dolandırıcılık fiillerini işleyerek Kurum zararına neden olmuş hekimlerden gelen muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedelleri en az üç yıl süre ile ödenmez.”

MADDE 61- 5510 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 57- 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında ve 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükler ile 11 inci maddenin üçüncü ve altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüklerden bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmiş olanlar, kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılır ve idari para cezası uygulanmaz. Bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezaları, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilir, ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.

5 inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamındaki sigortalılar hakkında bu Kanun gereğince verilmesi gereken bildirme ve belgeler, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde verilmesi hâlinde kanuni süresinde verilmiş sayılır. Bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezaları, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilir, ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir.”

MADDE 64- 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata almış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. **İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir.** Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür.”

MADDE 73- (1) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince tahsil edilen;

a) 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren;

1) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önceki dönemlere, beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamlarından (2013 takvim yılına ilişkin gelir vergisi ikinci taksiti hariç),

2) 2014 yılına ilişkin olarak 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk eden vergi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamlarından (2014 yılı için tahakkuk eden motorlu taşıtlar vergisi ikinci taksiti hariç),

3) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce yapılan tespitlere ilişkin olarak vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarından,

b) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce, 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu, mülga 11/2/1950 tarihli ve 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, mülga 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve 25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun gereğince verilen idari para cezalarından,

c) Yukarıdaki bentler dışında kalan ve Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip edilen; adli ve idari para cezaları ile mülga 7/3/1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanununa istinaden alınan Devlet hissesi ve Devlet hakkı, 30/5/2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanununa istinaden alınan Devlet hissesi, mülga

22/6/1956 tarihli ve 6747 sayılı Şeker Kanununa istinaden alınan şeker fiyat farkı, mülga 10/9/1960 tarihli ve 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanuna istinaden alınan akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı, 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanununa istinaden alınan Devlet hakkı ve özel idare payı ile madencilik fonu, mülga 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ve 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye istinaden alınan kılavuzluk ve römorkörcülük hizmet payları hariç olmak üzere, asli ve ferî amme alacaklarından (28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında olup tahsil dairesine takip için intikal etmiş olan amme alacakları dâhil),

kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan alacakların ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alaktan ibaret olması hâlinde ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla alacaklara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tahsilinden vazgeçilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının %50'sinin, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilir.

(3) Bu maddede geçen, Yİ-ÜFE aylık değişim oranları tabiri; Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği 31/12/2004 tarihine kadar toptan eşya fiyatları endeksi (TEFE) aylık değişim oranlarını, 1/1/2005 tarihinden itibaren üretici fiyatları endeksi (ÜFE) aylık değişim oranlarını, 1/1/2014 tarihinden itibaren yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) aylık değişim oranlarını, vergi tabiri; 213 sayılı Kanun kapsamına giren vergi, resim, harç ve fon payı ile eğitime katkı payını, beyanname tabiri; vergi tarhına esas olan beyanname ve bildirimleri ifade eder. Bu madde hükümlerine göre ödenecek alacaklara bu Kanunun yayımlandığı ay için uygulanması gereken Yİ-ÜFE aylık değişim oranı olarak, bu Kanunun yayımlandığı tarihten bir önceki ay için belirlenen Yİ-ÜFE aylık değişim oranı esas alınır.

(4) İhtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine tahakkuk etmiş olan vergiler hakkında bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

(5) Bu madde kapsamında ödenecek olan motorlu taşıtlar vergisi ile bu vergiye bağlı kesilen vergi cezaları ve bunlara bağlı gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın ait olduğu taşıt için, bu madde hükümlerinin ihlal edilmemiş olması koşuluyla bu maddede belirtilen ödeme süresi sonuna kadar 18/2/1963 tarihli ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin (d) fıkrası hükmü uygulanmaz.

(6) Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun

yollarına başvuramaları şarttır. Davadan vazgeçme dilekçeleri ilgili tahsil dairesine verilir ve bu dilekçelerin tahsil dairelerine verildiği tarih, ilgili yargı merciiine verildiği tarih sayılarak dilekçeler ilgili yargı merciiine gönderilir. Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince tahsili gerektiği hâlde tahakkuku diğer kamu idarelerince yapılan alacaklara ilişkin ilgili kamu idaresi aleyhine açılmış davalardan vazgeçme dilekçelerinin verileceği idari mercii belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan ve açtıkları davalardan vazgeçen borçluların bu ihtilaflarıyla ilgili olarak bu Kanunun yayımlandığı tarihten sonra tebliğ edilen kararlar uyarınca işlem yapılmaz ve bu kararlar ile hükmedilmiş yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bulunması hâlinde bunlar talep edilemez.

(7) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan amme alacaklarından yıllık gelir veya kurumlar vergilerini, gelir (stopaj) vergisi, kurumlar (stopaj) vergisi, katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi için bu madde hükümünden yararlanmak üzere başvuruda bulunan mükellefler, taksit ödeme süresince bu vergi türleri ile ilgili verilen beyannameler üzerine tahakkuk eden bu vergileri çok zor durum olmaksızın her bir vergi türü itibarıyla bir takvim yılında ikiden fazla vadesinde ödememeleri ya da eksik ödemeleri hâlinde belirtilen madde hükümlerine göre yapılandırılan borçlarına ilişkin kalan taksitlerini ödeme haklarını kaybederler. İl özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar hakkında bu hüküm uygulanmaz.

(8) Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmaları ve madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri şarttır. Bu Kanuna göre ödenecek taksitlerin ödeme süresinin son gününün resmî tatile rastlaması hâlinde süre tatili izleyen ilk iş günü mesai saati sonunda biter.

(9) Bu madde hükümlerine göre hesaplanan tutarın;

a) İlk taksit ödeme süresi içinde tamamen ödenmesi hâlinde, bu tutara bu Kanunun yayımlandığı tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için herhangi bir faiz uygulanmaz.

b) Taksitle ödenmek istenmesi hâlinde borçluların başvuru sırasında altı, dokuz, on iki veya on sekiz eşit taksitte ödeme seçeneklerinden birini tercih etmeleri şarttır. Tercih edilen taksit süresinden daha uzun bir sürede ödeme yapılamaz.

c) Taksitle yapılacak ödemelerinde ilgili fıkralara göre belirlenen tutar;

1) Altı eşit taksit için (1,05),

2) Dokuz eşit taksit için (1,07),

3) On iki eşit taksit için (1,10),

4) On sekiz eşit taksit için (1,15),

katsayısı ile çarpılır ve bulunan tutar taksit sayısına bölünmek suretiyle ikişer aylık dönemler hâlinde ödenecek taksit tutarı hesaplanır. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçlulara tercih ettikleri taksit süresine uygun

ödeme planı verilir. Ancak, tercih edilen süreden daha kısa sürede ödeme yapılması hâlinde ödenecek tutar ilgili katsayıya göre düzeltilir.

ç) Bu madde kapsamında ödenmesi gereken tutarlar; il özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlarca ikişer aylık dönemler hâlinde azami otuz altı eşit taksitte ödenebilir. Bu takdirde bu bent hükmüne göre hesaplanacak katsayı yirmi dört eşit taksit için (1,20), otuz eşit taksit için (1,25), otuz altı eşit taksit için (1,30) olarak uygulanır.

(10) a) Bu maddeye göre ödenmesi gereken taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az (2014 takvim yılı için bir) taksitin, süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde, ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarının son taksiti izleyen ayın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi şartıyla bu madde hükümlerinden yararlanılır. Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla (2014 takvim yılı için birden fazla) taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir. Bu hüküm alacaklı tahsil daireleri açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanır.

b) Bu maddenin yedinci fıkrasında vadesinde ödenmesi öngörülen alacakların veya taksit tutarının %10'unu aşmamak şartıyla 5 Türk lirasına (bu tutar dâhil) kadar yapılmış eksik ödemeler için bu madde hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

c) Bu madde kapsamına giren alacakların maddede belirtilen şekilde tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu maddenin yedinci fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla borçlular ödedikleri tutarlar kadar bu madde hükümlerinden yararlanırlar.

(11) Bu madde kapsamında ödenecek olan alacakların 6183 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmesi uygun görüldüğü takdirde, ödemeye aracılık yapan bankalarca, kart kullanıcılarına kredi kartı işlemine konu borç tutarının, taksitler hâlinde yansıtılması ve taksit ödeme aylarında hesaplarına borç kaydedilmesi koşuluyla, bu ödemeler için ödeme tarihi olarak kredi kartının kullanıldığı gün esas alınır ve borçluya tahsilatın yapıldığını gösterir makbuz verilir. Bu şekilde tahsil edilen tutarların bankalarca Hazine hesaplarına aktarılmasına ilişkin 6183 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirlenen süre, taksit aylarının son gününü izleyen günden itibaren hesaplanır. Taksitlerin kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmesi bu madde hükmüne göre katsayı uygulanmasına engel teşkil etmez.

(12) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine ödenmesi gereken amme alacaklarına uygulanmak üzere, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak için başvuruda bulunan ve ödenecek tutarları ilgili vergi mevzuatı gereği iade alacağından kendi borçlarına mahsuben ödemek isteyen borçluların, bu taleplerinin yerine getirilebilmesi için başvuru ve/veya taksit süresi içinde ilgili mevzuatın öngördüğü bilgi ve belgeleri tam ve eksiksiz olarak ibraz etmeleri şarttır. Bu takdirde, ilgili mevzuatın borçlunun mahsup talebine esas aldığı tarih itibarıyla bu Kanuna göre ödenecek tutara mahsup işlemleri yapılır, mahsup talebine konu tutardan daha az tutarda mahsubun yapılması hâlinde, mahsuben ödeme suretiyle tahsil edilemeyen tutar için borçluya bildirimde bulunularak eksik ödenen bu tutarın bir ay içinde ödenmesi istenilir. Bu süre içinde eksik ödenen tutarın, ödenmesi gerektiği tarihten öndendiği tarihe kadar gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi hâlinde eksik ödenen tutar için bu Kanun hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

(13) a) 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun hükümlerine göre bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla taksit ödemeleri devam eden alacaklar hariç olmak üzere, bu madde kapsamına giren alacakların, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce 6183 sayılı Kanun ve diğer kanunlar uyarınca tecil edilip de tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olanlarından, kalan taksit tutarları için borçlular, talep etmeleri hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanabilirler. Bu takdirde tecil şartlarına uygun olarak ödenen taksit tutarları için tecil hükümleri geçerli sayılır. Bu şekilde ödenmiş taksit tutarlarına tecil tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için sadece ilgili kanunun öngördüğü faiz uygulanır. Kalan taksit tutarları vadesinde ödenmemiş alacak kabul edilir ve bu alacaklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.

b) Bu maddeden yararlanılarak süresinde ödenen alacaklara, maddede yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla Kanunun yayımlandığı tarihten sonraki süreler için faiz, gecikme zammı, gecikme faizi gibi ferî amme alacağı hesaplanmaz.

c) Bu maddeye göre ödenecek alacaklarla ilgili olarak, tatbik edilen hacizler yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminatlar iade edilir.

ç) 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 5 inci maddesi ile 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 3 üncü maddesi kapsamında uzlaşılan alacaklar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

(14) a) 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere, 31/12/2013 tarihinden (bu tarih dâhil) önce idari yaptırım kararı verildiği hâlde bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ilgisine tebliğ edilmemiş olan ve genel bütçeye gelir kaydı gereken ve her bir kabahat için 120 Türk lirasının (bu tutar dâhil) altında kalan idari para cezaları tebliğ edilmez, tebliğ edilmiş olanların ve bunlara bağlı ferî alacakların tahsilinden vazgeçilir. Bu bent kapsamına giren ve mülga 5539 sayılı Kanun ile 6001 sayılı Kanun gereğince verilen idari para cezası ile birlikte ilgisine tebliği gereken ve tutarı 12 Türk lirası ve altında kalan geçiş ücretleri için de bu bent hükmü uygulanır.

b) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan ve vadesi 31/12/2007 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ödenmemiş olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamına giren her bir alacağın türü, dönemi, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle tutarı 50 Türk lirasını aşmayan asli alacakların ve tutarına bakılmaksızın bu asıllara bağlı ferî alacakların, asli ödenmiş ferî alacaklardan tutarı 100 Türk lirasını aşmayanların tahsilinden vazgeçilir.

(15) Bu madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin on üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak red ve iadesi yapılmaz.

(16) a) Emlak vergisi ile çevre temizlik vergisi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları ve emlak vergisi üzerinden hesaplanan taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına katkı payı ile buna bağlı gecikme zammından,

b) 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu kapsamındaki belediyelerin su abonelerinden olan su kullanımından kaynaklanan alacakları ile bunlara bağlı ferî (sözleşmelerde düzenlenen her türlü ceza ve zamlar dâhil) alacaklarından,

c) 20/11/1981 tarihli ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamındaki büyükşehir belediyeleri su ve kanalizasyon idarelerinin su ve atık su bedeli alacakları ile bu alacaklara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî (sözleşmelerde düzenlenen her türlü ceza ve zamlar dâhil) alacaklarından,

vadesi 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ödenmemiş bulunan alacaklar hakkında bu madde hükmü uygulanır.

(17) Bakanlar Kurulu, bu maddede öngörülen başvuru ve ilk taksit ödeme sürelerini bir aya kadar, yabancı ülkelerde de faaliyette bulunan vergi mükelleflerinden, Ekonomi Bakanlığı tarafından olağanüstü politik riskin gerçekleştiği tespit edilen ülkede faaliyette bulunan ve bu ülkedeki faaliyetleri nedeniyle durumları 213 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre mücbir sebep hâli kabul edilenlerin, bu Kanun kapsamında alacakları yapılandırılan alacaklı idarelere mücbir sebep hâllerinin devam ettiği süre içinde ödemeleri gereken taksitlerin ödeme süreleri ile 213 sayılı Kanunun 15 inci maddesine göre doğal afet nedeniyle mücbir sebep hâli ilan edilen yerlerdeki dairelere (alacaklı idarelere) doğal afetin vukuu tarihinden itibaren ödenmesi gereken taksitlerin ödeme süreleri, mücbir sebep hâlinin bitim tarihini takip eden aydan başlamak üzere topluca veya ayrı ayrı bir yıla kadar uzatmaya yetkilidir.

(18) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

MADDE 80- (1) Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla;

a) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan gümrük vergileri ile bu vergilere bağlı cezaların ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilir.

b) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilir.

c) Eşyanın gümrüklenmiş değerine bağlı olarak kesilmiş olan idari para cezaları ile ilgili olarak söz konusu cezaların ve varsa gümrük vergileri aslının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilir.

ç) Bu fıkra kapsamında, ödenmemiş alacağın sadece ferî alacaktan ibaret olması hâlinde ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutar tahsil edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamında kesinleşen alacakların yanı sıra eşyanın mülkiyeti kamuya geçirilmiş ise birinci fıkranın (c) bendine uygun olarak işlem yapılmış olması ve eşyanın gümrüklenmiş değerinin ödenmesi şartıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi iptal edilir.

(3) Bu maddede geçen, Yİ-ÜFE aylık değişim oranları tabiri, Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği 31/12/2004 tarihine kadar toptan eşya fiyatları endeksi (TEFE) aylık değişim oranlarını; 1/1/2005 tarihinden itibaren üretici fiyatları endeksi (ÜFE) aylık değişim oranlarını; 1/1/2014 tarihinden itibaren yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) aylık değişim oranlarını; gümrük vergileri tabiri, ilgili mevzuat uyarınca eşyanın ithali veya ihracında uygulanan ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı gümrük idarelerince takip ve tahsil edilen gümrük vergisi, diğer vergiler, eş etkili vergiler ve mali yüklerin tümünü, gümrüklenmiş değer tabiri, 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 eder. Bu madde hükümlerine göre ödenecek alacaklara bu Kanunun yayımlandığı ay için uygulanması gereken Yİ-ÜFE aylık değişim oranı olarak, bu Kanunun yayımlandığı tarihten bir önceki ay için belirlenen Yİ-ÜFE aylık değişim oranı esas alınır.

(4) Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra **dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.** Davadan vazgeçme dilekçeleri ilgili tahsil dairesine verilir ve bu dilekçelerin tahsil dairelerine verildiği tarih, ilgili yargı merciine verildiği tarih sayılarak dilekçeler ilgili yargı merciine gönderilir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan ve açtıkları davalardan vazgeçen borçluların bu ihtilaflarıyla ilgili olarak bu Kanunun yayımlandığı tarihten sonra tebliğ edilen kararlar uyarınca işlem yapılmaz ve bu kararlar ile hükmedilmiş yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bulunması hâlinde bunlar talep edilemez.

(5) Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmaları ve madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde on sekiz eşit taksitte ödemeleri şarttır. Bu Kanuna göre ödenecek taksitlerin ödeme süresinin son gününün resmî tatile rastlaması hâlinde süre izleyen ilk iş günü mesai saati sonunda biter.

(6) Bu madde hükümlerine göre hesaplanan tutarın;

a) İlk taksit ödeme süresi içinde tamamen ödenmesi hâlinde, bu tutara bu Kanunun yayımlandığı tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için herhangi bir faiz uygulanmaz.

b) Taksitle ödenmek istenmesi hâlinde borçluların başvuru sırasında altı, dokuz, on iki veya on sekiz eşit taksitte ödeme seçeneklerinden birini tercih etmeleri şarttır. Tercih edilen taksit süresinden daha uzun bir sürede ödeme yapılamaz.

c) Taksitle yapılacak ödemelerde ilgili maddelere göre belirlenen tutar;

1) Altı eşit taksit için (1,05),

2) Dokuz eşit taksit için (1,07),

3) On iki eşit taksit için (1,10),

4) On sekiz eşit taksit için (1,15),

katsayısı ile çarpılır ve bulunan tutar taksit sayısına bölünmek suretiyle ikişer aylık dönemler hâlinde ödenecek taksit tutarı hesaplanır. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçlulara tercih ettikleri taksit süresine uygun ödeme planı verilir. Ancak, tercih edilen süreden daha kısa sürede ödeme yapılması hâlinde ödenecek tutar ilgili katsayıya göre düzeltilir.

(7) a) Bu maddeye göre ödenmesi gereken taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az (2014 takvim yılı için bir) taksitin, süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde, ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarının son taksiti izleyen ayın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi şartıyla bu madde hükümlerinden yararlanır. Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla (2014 takvim yılı için birden fazla) taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir. Bu hüküm alacaklı tahsil daireleri açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanır.

b) Taksit tutarının %10'unu aşmamak şartıyla 5 Türk lirasına (bu tutar dâhil) kadar yapılmış eksik ödemeler için bu madde hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

c) Bu madde kapsamına giren alacakların maddede belirtilen şekilde tamamen ödenmemiş olması hâlinde borçlular ödedikleri tutarlar kadar bu madde hükümlerinden yararlanırlar.

(8) a) 13/2/2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun hükümlerine göre bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla taksit ödemeleri devam eden alacaklar hariç olmak üzere, bu madde kapsamına giren alacakların, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce 6183 sayılı Kanun ve diğer kanunlar uyarınca tecil edilip de tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olanlarından, kalan taksit tutarları için borçlular, talep etmeleri hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanabilirler. Bu takdirde tecil şartlarına uygun olarak ödenen taksit tutarları için tecil hükümleri geçerli sayılır. Bu şekilde ödenmiş taksit tutarlarına tecil tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için sadece ilgili kanunun

öngördüğü faiz uygulanır. Kalan taksit tutarları vadesinde ödenmemiş alacak kabul edilir ve bu alacaklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.

b) Bu maddeden yararlanılarak süresinde ödenen alacaklara, maddede yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla Kanunun yayımlandığı tarihten sonraki süreler için faiz, zam ve gecikme zammı gibi ferî amme alacağı hesaplanmaz.

c) Bu maddeye göre ödenecek alacaklarla ilgili olarak, tatbik edilen hacizler yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminatlar iade edilir.

(9) Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan ve vadesi 31/12/2013 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar ödenmemiş olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamında gümrük idarelerince takibi gereken her bir alacağın; türü, yükümlülüğü, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle tutarı 50 Türk lirasını aşmayan aslı alacakların, idari para cezalarında 80 Türk lirasını aşmayanların ve tutarına bakılmaksızın bu alacaklara bağlı ferî alacakların, aslı ödenmiş ferî alacaklarda toplamı 100 Türk lirasını aşmayanların tahsilinden vazgeçilir.

(10) Bu madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin sekizinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak red ve iadesi yapılmaz.

(11) Bakanlar Kurulu, bu maddede öngörülen başvuru ve ilk taksit ödeme sürelerini bir aya kadar uzatmaya yetkilidir.

(12) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 87- 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 47- Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur.”

MADDE 88- 18/12/1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“EK MADDE 6- 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ügümlerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ’ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ’ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtarından itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtarından itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır.

Denetim şirketi, su yapısının projesini veya revize projesini onaylamak, projesine ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, imalatta kullanılan malzemelerin ve imalatın projesine, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak, neticelerini belgelendirmek, yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgeler ile DSİ tarafından yapılan kabul işlemine esas olan belgeleri DSİ’ye vermek mecburiyetindedir.

DSİ tarafından denetim şirketine izin belgesi ile yetki verildiği hâlde, su yapılarının denetimini DSİ kriterlerinin, standartların, ilgili mevzuat hükümlerinin gerektirdiği şekilde yerine getirmeyen yetkili denetim şirketlerine; DSİ tarafından ilk seferinde denetlenen hidroelektrik tesislerinde, kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası; baraj, gölet, sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarında, yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Bu fiilin ikinci tekrarında ceza iki katı olarak uygulanır ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Fiilin üçüncü tekrarında ise ceza üç katı olarak uygulanır ve su yapıları yetkili denetim şirketinin izin belgesi DSİ tarafından iptal edilir. İzin belgesi iptal edilen yetkili denetim şirketinin yönetici ve ortakları bir yıl süreyle başka bir yetkili denetim şirketi kuramazlar, kurulmuş olan şirketlerde görev alamaz ve/veya ortak olamazlar.

Su yapılarının mevzuata ve onaylı projesine aykırı yapılması hâlinde, bu durumun düzeltilmesi için yetkili denetim şirketinin DSİ'ye yazılı bildirimini üzerine DSİ tarafından yatırımcıya en fazla 30 gün eksiklikleri düzeltme müddeti verilir. Mevzuata ve projeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde verilen sürenin sonunda veya acil hâllerde derhâl DSİ işi kısmen veya tamamen durdurur.

Su yapılarını denetlemek üzere yetkilendirilmiş şirketlere uygulanacak idari yaptırımlar DSİ tarafından yerine getirilir.

Denetim şirketi ile denetim şirketinde görev alan denetim elemanları, su yapısının projesine, fen ve sanat kurallarına ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan kabul tarihinden itibaren on beş yıl süreyle yatırımcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek su ile ilgili köprü, menfez gibi yapılarda hidrolik yönden DSİ'nin uygun görüşü alınır.

Denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usuller ile denetim yapacak personelin nitelikleri, denetleme usulleri ve diğer şartlar, DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarına ilişkin kararlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebliğat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarında ihlalin tespiti ve cezanın kesilmesi usulleri ile ceza uygulamasında kullanılacak tutanakların şekli, dağıtımı ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak DSİ tarafından hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir.”

MADDE 94- 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “kesinleşerek” ibaresi “Resmî Gazete’de yayımlanarak” şeklinde, dördüncü cümlesinde yer alan “onaylanmış sayılarak” ibaresi “Resmî Gazete’de yayımlanarak” şeklinde değiştirilmiş; üçüncü cümlesindeki “Ancak” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Ancak, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemez.”

MADDE 99- 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Ancak, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz. Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma,

tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaz.”

MADDE 100- 2942 sayılı Kanunun;

a) 22 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “ve bedelinin” ibaresi metinden çıkarılmış, ikinci ve üçüncü cümleleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, dördüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış, birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçuları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.”

“Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer.

Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz.”

b) 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ikinci” ibaresi “dördüncü” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.”

MADDE 101- 2942 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 9- *Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçuları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir.”*

MADDE 112- 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“ı) Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,”

MADDE 117- 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir.”

MADDE 119- 5/5/2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 29 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Başkanlık merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanabilir.”

MADDE 121- 5393 sayılı Kanununun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan **“arsa”** ibaresi **“taşınmaz”** olarak değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz.”

MADDE 128- 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 1 inci maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan **“Barbaros”** ibaresi **“Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı”** şeklinde değiştirilmiş, on birinci sırasında yer alan **“Yeni Çamlıca”** ibaresinden sonra gelmek üzere **“, Yenişehir, Mimar Sinan ve Mevlana Mahalleleri”** ibaresi eklenmiş, on ikinci sırasında yer alan **“Mustafakemal Mahallesinin”** ibaresinden sonra gelmek üzere **“ve Aşık Veysel Mahallesinin”** ibaresi eklenmiş, on üçüncü sırasında yer alan **“Namikkemal”** ibaresi **“Esenevler”** şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 129- 5747 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan **“Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin”** ibaresinden sonra gelmek üzere **“ve Barbaros Mahallesinin”** ibaresi eklenmiş ve dokuzuncu fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(9) Tüm illerde bucaklar kaldırılmıştır. Kaldırılan bucaklara bağlı belde ve köyler, bucağın bağlı olduğu idari birime bağlanmıştır.”

MADDE 142- 3/6/2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Çalışma Grupları ve Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu

MADDE 36- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere diğer bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör temsilcileri ve konu ile ilgili uzmanların katılımı ile geçici çalışma grupları oluşturabilir. Çalışma gruplarının ulaşım ve konaklama giderleri Bakanlık bütçesinden karşılanabilir.

(2) *Bakanlığın gözetimi ve denetiminde özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, Bakanlıkça belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. DEİK, ikili ekonomik ilişkilerini İş Konseyleri aracılığıyla yürütür. DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir. DEİK'in bütçesi, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşur. DEİK bütçesini Bakanlık denetler. Bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümler uygulanmaz."*

B- Dayanılan ve ilgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava ve ek dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 17., 27. ve 142. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 24.11.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi ile ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesi, ihalelere ilişkin olarak idarelerce uyulması gereken bazı kuralları düzenlenmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hâlinde, idarelerin, ilgili mevzuat uyarınca çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda 4734 sayılı Kanun'da belirtilen hizmetler için ihaleye çıkması ve dolayısıyla bu hizmetleri özel kişiler eliyle yürütmesi mümkün kılınmıştır. Bent uyarınca, danışmanlık hizmet alım ihaleleri hariç, idarelerin ihaleye çıkabilmesi için ilgili mevzuat gereğince çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz olması şartı aranmış ve ayrıca özel kişilere gördürülecek hizmetler de 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlandırılmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca hizmet kavramı, "bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri" kapsamaktadır.

Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi bütünüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte; ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmektedir.

Bentte, önceki hâlimden farklı olarak özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede "bu Kanunda belirtilen hizmetler" için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Öte yandan, bendin ikinci cümlesiyle, birinci cümlede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu belirleme yapılırken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerekmektedir.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlemektedir. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bir işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerini veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini başka bir işverene devretmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Fıkra, asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmakta, yardımcı işlerin alt işverene devrinde herhangi bir sınır öngörülmemekte, asıl işin devri ise kural olarak yasaklanmakla birlikte işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kısımlarının devri mümkün kılınmaktadır. Fıkranın devamında, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu belirtilmekte, asıl işverenin sorumluluğu, sadece kendi işyerinde çalışan alt işveren işçilerine sınırlı tutulmaktadır.

Dava konusu kuralla, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf, hem alt işverene devredilebilecek işler yönünden hem de asıl işverenin sorumluluğu yönündendir. Dolayısıyla, kamu idareleri, kamu hukuku kuralları uyarınca çalıştırdıkları personelin (memur ve diğer kamu görevlilerinin) nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerini veya kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini ihaleye çıkarmak suretiyle özel kesime

gördürüleceklerdir. Bu durumda, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumludur.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılmasının öngörülmesiyle, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gereken kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesine imkân sağlandığı, ayrıca "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" ibaresinin yeteri kadar açık olmadığı, idarelerce görülen hangi hizmetlerin yardımcı nitelikte olduğunun yoruma muhtaç olduğu ve bu durumun belirsizlik yarattığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

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 devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Dava konusu kuralda, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin yeni hâlinde, önceki hâlinde farklı olarak, bent uyarınca özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede "*bu Kanunda belirtilen hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır.

Kuralın yeni hâlinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının önceki hâline nazaran farklılaştırıldığı anlaşılmaktadır. Önceki düzenleme uyarınca, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "*hizmet*" kavramı içinde sayılan hizmetler için ihaleye

çıkılabilmesi mümkün iken, yeni düzenlemede, 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin tüm hizmetler, özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanan hizmetler kapsamına alınmıştır.

Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin varlık sebebini teşkil eden, diğer bir ifadeyle hizmetin bizzat kendisini (özünü) oluşturan görevler kapsamında değildir. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işler, idarelerce, kamu hizmetlerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde işletilmesini ve yürütülmesini temine yönelik birtakım ikincil görevlerden oluşmakta olup kamu hizmetinin özünü ifade etmeyen bu görevlerin "*genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler*" kapsamında görülmesi mümkün olmadığından Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle ifası zorunluluğu yoktur. Bu itibarla, dava konusu kuralla, idarenin, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkmasına imkân tanınmasında ve dolayısıyla bunların özel kişiler eliyle gördürülmesi yolunda düzenleme yapmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

"*Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" ibaresiyle, özel kişiler eliyle yerine getirilebilecek işlerin kapsamının farklılaştırıldığı açık ise de kuralın idarelerce özel kişilere ihale edilebilecek hizmetler hususunda belirsizlik oluşturduğu söylenemez. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespiti mümkündür. Öte yandan, ikinci cümlede, "*yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini*" belirleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki tanındığı görülmektedir. Dolayısıyla, dava konusu kural hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir.

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

Alparlan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

b- İkinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, personelin yürüttüğü hizmetlerin hangi kısımlarının kamu idarelerinin görevlerine ilişkin asli hizmetler, hangi kısımlarının ise yardımcı işlere ilişkin hizmetler olduğunu belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, kamu kurumlarınca görülen ana hizmetler ile yardımcı hizmetlerin birbirinden ayrılamayacağı, yardımcı hizmetlerin bölünerek özel kesime gördürülmesinin idarenin kanuniliği ilkesiyle çeliştiği, ayrıca Bakanlar Kurulunun bu yetkisini hangi ölçülere göre kullanacağına genel çerçevesinin kanunda gösterilmemesinin kuralı belirsiz kıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. 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.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

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 devredilemezliği 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.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağına ya da devredilebileceğine kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kural, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin bir kısmının, özel kesime ihale edilmek suretiyle özel kesim eliyle yürütülmesine imkân sağlayan bir düzenleme olduğundan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin bir kısmının özel kesime gördürülmesine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hâlinde, ihaleye çıkılabilecek işlerin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki işler olduğu belirtilmekte iken yeni hâlinde ihaleye çıkılmasına imkân tanınan işler, "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" biçiminde değiştirilmekte ve sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Kuralda, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usulle belirleneceği ve hangi kişi ve kurumların karar alma sürecine katılacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türleri belirlenirken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerektiği hususu kuralda açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ihaleye çıkılabilecek

yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usul ve esaslar gözetilerek belirleneceği hususunda Bakanlar Kurulunu bağlayıcı bir çerçeve çizilmiştir. Kanunda çizilen çerçeve içinde kalmak kaydıyla, teknik ve idari ihtiyaçlar gözetilerek asli nitelik taşımayan görevlerden hangilerinin özel kesime gördürülmek üzere ihaleye çıkılabileceğini, idareler itibarıyla ayrı ayrı belirleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, belirsizlik oluşturulduğu anlamına gelmeyeceği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali sonucunu da doğurmaz.

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

Alparlan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRÇÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 13. Maddesiyle 4735 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4735 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektedir. 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesi, "Fiyat farkı verilebilmesi" konusunu düzenlemektedir.

Sözü edilen maddeye, Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinde, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi ve sonuçlandırılması hükme bağlanmaktadır.

Önceki başlıkta incelendiği üzere, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmektedir.

4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği kurala bağlanmaktadır. Buna göre, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca işi yüklenen işverenin bir kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin bu sendika tarafından yürütülmesi durumunda, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar fiyat farkının, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idarece işverene ödenmesi gerekmektedir.

Kanun'un gerekçesinde, uygulamada, toplu iş sözleşmesi nedeniyle elde edilen ücret ve sosyal hakların kamu ihale mevzuatındaki hükümler nedeniyle akim kaldığı, gerek tarafların özgür iradeleriyle gerekse Yüksek Hakem Kurulunun bağittığı toplu iş sözleşmelerinde ücret artışı ve sosyal haklara ilişkin hükümlerin alt işveren tarafından kamu ihale mevzuatının ilgili maddelerinin gerekçe gösterilerek uygulanmadığı, bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını yargı yoluyla talep etme mecburiyetinde bırakıldıkları ifade edilmektedir. Bu gerekçeden 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının ihdas edilmesindeki amacın, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kişilere gördürülen işte çalıştırılan işçilere, ihale mevzuatı gerekçe gösterilerek toplu iş sözleşmesinden doğan ücret farklarının ödenmemesinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Fıkranın ikinci cümlesiyle, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar fiyat farkının, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idarece işverene ödenmesi öngörülerek işverenin mali kayıpları karşılanmakta ve bu suretle işçilerin toplu iş sözleşmelerinden doğan haklarına kavuşmaları temin edilmektedir.

Anılan fıkranın iptali istenen üçüncü cümlesinde ise kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği; 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmektedir.

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendiyle, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf uyarınca, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır. Dava konusu kuralla, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilere ilişkin olarak kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmek suretiyle ilgili idarenin sorumluluğu daraltılmaktadır.

Bununla birlikte kuralla, idarenin, 4735 sayılı Kanun hükümleri uyarınca imzaladığı sözleşmede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde belirlenecek fiyat farkından kaynaklanan sorumluluğuna bir halel getirilmemektedir. İdarenin, ihale sonucu imzalanan esaslar çerçevesinde yapılan artışları dava konusu kuraldan bağımsız olarak karşılama sorumluluğu devam etmektedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesinde belirtilen artış miktarına bakılmaksızın, hizmet alım sözleşmesinde açıklanan usul ve esaslar çerçevesinde belirlenen ücret artış oranlarından kaynaklanan fiyat farkının idare tarafından yükleniciye ödenmesi gerekmektedir. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde belirtilen oranın üzerindeki ücret artışlarından kaynaklanan fiyat farkından idarenin sorumlu olabilmesi için toplu iş sözleşmesinin, alt işveren tarafından yetkilendirilen bir kamu işverenleri sendikasıncı imzalanmış olması zarureti bulunmaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde fiyat farkı ödenip ödenmemesi hususu, işçi sendikası ile

işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikasının yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmak suretiyle işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlanmasının ve yetkilendirmeme durumunda fiyat farkı ödenmemesinin sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmadığı, toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verildiği hâlde, doğrudan alt işverenle işçi sendikası arasında imzalanması hâlinde fiyat farkı verilmemesinin eşitlik ilkesini zedelediği, kuralla, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin cezasının işçilere yüklendiği, alt işverenin yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkmasının adil ve hakkaniyete uygun düşmediği, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesi durumunda idareye asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenmemesinin dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. 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.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilerin aldıkları ücretlerin ihale sonucu imzalanan hizmet alım sözleşmesindeki fiyat artış koşullarına endekslenmesi, bunların toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ücret artışlarıyla ilgili pazarlık güçlerini belli ölçüde zayıflattığı açıktır. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak işçilerin sendikal haklarından yeterince yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla ücret artışları nedeniyle alt işverene ödenecek fiyat farkı hususunda ihale mevzuatındaki kısıtlamalara bağlı kalınması mecburiyetini ortadan kaldırmış ve toplu iş sözleşmesinde öngörülen artışların tamamının işçilere yansıtılmasının önünü açmıştır.

Ancak toplu iş görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenle işçi sendikasının tamamen serbest bırakılması, kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği gibi ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılabilir. Zira belli bir muhammen bedel üzerinden yapılan ihaleyi idare yönünden en avantajlı fiyatı teklif ederek kazanan alt işveren, işçilerle yapacağı toplu iş sözleşmelerinde yüksek artışlar öngörerek idarenin ödeyeceği bedelin orantısız bir şekilde artmasına yol açabilecek ve bu yolla haksız bir kazanım elde edebilecektir. Ayrıca bu durum, idarenin belirlediği muhammen bedeli düşük bularak ihaleye girmeyen veya ihaleye girip de muhammen bedeli gözönünde bulundurarak yüksek teklif veren ve bu nedenle ihaleyi kaybeden kişilerin haklarının da zedelenmesine yol açacaktır.

Kanun koyucu, toplu iş sözleşmelerinde makul olmayan artışlar yapılmasını ve bu yolla kamuya aşırı bir külfet yüklenmesini engellemek amacıyla toplu iş görüşmelerinin kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Dava konusu düzenlemeyle kamunun hakları ile işçilerin sendikal hakları arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, tüm bunları gözönünde bulundurarak, idarenin, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret artışlarının tamamından asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için toplu iş görüşmelerinin işverenin yetkilendirdiği kamu işveren sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğu getirmiş olmasında kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." denilmek suretiyle işçi ve memur ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Sendika hakkı, bireylerin serbest bir biçimde sendika kurabilme, her türlü baskıdan arı olarak dilediği sendikaya üye olabilme ve istediği zaman da üyelikten ayrılabilme hak ve yetkilerini kapsamaktadır. Sendika hakkı ayrıca, üyelerinin sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının serbestçe sendikal faaliyetlerde bulunabilmelerini, bu çerçevede iş uyuşmazlığı çıkarmak, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapmak, grev ve lokavt kararı vermek ve uygulamak gibi hak ve yetkileri kullanabilmeyi gerektirmektedir.

Dava konusu kuralla, idarenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan fiyat farkını işi yüklenen işverene ödeyebilmesi için toplu iş sözleşmesinin, işverenin yetkilendirdiği kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından işveren adına yapılmış olması şartı getirilmektedir. Alt işverenin, ilgili kamu işveren sendikasına, adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmek üzere yetkilendirmesi, işverenin kamu işverenleri sendikasına üye olması anlamına gelmeyeceğinden, fiyat farkından yararlanabilmesi için bu şekilde bir yetkilendirme mecburiyetinin getirilmesiyle, ilgili sendikaya üye olmaya zorlandığı sonucuna varılamaz. Kaldı ki yasal olarak buna imkân da bulunmamaktadır.

Öte yandan, idarenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan fiyat farkını işi yüklenen işverene ödeyebilmesi için toplu iş sözleşmesinin, işverenin yetkilendirdiği kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından işveren adına yapılmış olması şartının getirilmesiyle, işverenin sendikal özgürlüğünün bir parçası olan toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılma ve sonuçlandırma hakkına müdahale edildiği de söylenemez. Zira alt işverenin kamu işverenleri sendikalarından birini yetkilendirmeyip toplu iş sözleşmesi görüşmelerini doğrudan kendisinin yürütmesine herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemleri değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden ayrı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca alt işveren ile işçi sendikası arasında yapılacak toplu iş sözleşmesiyle belirlenecek ücret artışlarının idare tarafından karşılanması esası benimsenmiştir. Alt işverenle işçi sendikası arasında akdedilecek toplu iş sözleşmesi görüşmelerine, yukarıda açıklanan gerekçelerle, kamunun dâhil olması durumunda elde edilecek netice ile kamunun katılmaması durumunda elde edilecek neticenin farklı olacağı tabiidir. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işleri gören alt işverenlerden, toplu iş sözleşmesi görüşmelerini doğrudan kendileri yürütenler ile bu sözleşmeleri yetkilendirdikleri kamu işveren sendikaları aracılığıyla yürütenlerin aynı hukuksal durumda görülmeleri

mümkün değildir. Zira birinci gruptakiler yönünden, yapılacak ücret artışı kamu menfaatleri yönünden herhangi bir denetim söz konusu olmaz iken ikincisinde artış miktarı belirlenirken kamunun menfaatleri de gözletilmektedir. Bu nedenle kuralda eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 36. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 15. Maddesiyle 6331 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasına Eklenen (e) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, “*tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunduğu*” ve “*ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini temin etmek*” gerekçeleriyle “*Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*” 6331 sayılı Kanun'dan istisna edilmiş ise de konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilirliğinin bulunmadığı, öte yandan uluslararası seyrüsefer yapan deniz araçlarında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin, armatörlerin rekabet güçlerinin artırılmasına feda edilmesinin Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı gibi çalışanları korumak ve herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevleriyle uyuşmadığı, ayrıca düzenlemenin uluslararası sözleşmelerle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 17. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

6331 sayılı Kanun, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Anılan Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın bu Kanun'un uygulanacağı belirtildikten sonra, (2) numaralı fıkrasında Kanun kapsamından istisna tutulan durumlar, bentler hâlinde sayılmaktadır.

Kanun'un 15. maddesiyle 6331 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendiyle, “*Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*” de 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılan durumlar arasına eklenmiştir. Buna göre, denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerinde, 6331 sayılı Kanun'da öngörülen hükümler uygulanmayacaktır. Uluslararası seyrüsefer hâlleri, denizyolu taşımacılığı yapan araçların Türkiye Cumhuriyetinin egemenlik alanında bulunan Türk iç suları ve kara suları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferlerini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk

devlettir. Bu maddede nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adaletle uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez ve vazgeçilemez haklardır. Devlet, yaşam hakkının bir gereği olarak, bireylerin yaşamlarına saygı göstermekle ödevli olduğu gibi bireyleri, gerek üçüncü kişilerden ve gerekse sorumluluğunda bulunan personelin eylemlerinden kaynaklanan risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle sağlık hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileştirilmeleri, tıbbi bakım görmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanabilme hakkıdır. Sağlık hakkı, Devlete, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğunu ifade eden "*gereğini yerine getirme yükümlülüğü*" yüklemektedir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır.

Devletin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarını temin edici yasal ve idari tedbirler alması, Anayasa'nın 17. maddesinde güvenceye bağlanan yaşama hakkının bir gereği olduğu kadar, 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı ile 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı yönünden de bir zorunluluktur. Ayrıca, 3.6.1981 tarihli ve 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi ile 7.6.1985 tarihli ve 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin ILO Sözleşmesi'nde de, Devletin bu yönde tedbir almasını gerekli kılan hükümler yer almaktadır.

Kanun koyucu, gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmelerle Devlete yüklenen bu gerekleri ifâ etmek amacıyla 6331 sayılı Kanun'u ihdas etmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un amacının, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Kanun'un çeşitli maddelerinde (4., 6., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16., 17., 18. ve 20. maddelerinde) işverenlere birtakım yükümlülükler yüklenmiş, çalışanlara ise çeşitli haklar sağlanmıştır.

Dava konusu kurulla, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri” 6331 sayılı Kanun’dan istisna edilmek suretiyle yukarıda sayılan hükümlerin, Türk armatörlerce denizyolu taşımacılığında kullanılan araçların Türk içsuları ve karasuları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında uygulanmaması öngörülmüştür. Türk armatörlerce denizyolu taşımacılığında kullanılan araçların açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında 6331 sayılı Kanun’un uygulanmaması, bu seyahat süresince deniz araçlarında çalışanların, 6331 sayılı Kanunla işçi güvenliği ve iş sağlığının korunması amacıyla getirilen hükümlerden yararlanamamaları anlamına gelmektedir.

Kanun’un gerekçesinde, “Tâbi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle ve deniz...taşımacılığının kendine özgü çalışma koşulları dikkate alınarak ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabette olumsuz etkilenmemelerini teminen...” denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerinin Kanun’un kapsamı dışına çıkarıldığı ifade edilmiştir.

14.10.1970 tarihli ve 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesine (Gemi adamları) İlişkin ILO Sözleşmesi ile 8.6.1949 tarihli ve 92 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin ILO Sözleşmesi’nde taraf devletlere, deniz adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli ödevler yüklenmiş ise de bunların hiçbirinin doğrudan uygulanma olanağı bulunmamakta, taraf devletlerin bunları iç hukuklarında yapacakları yasal ve idari düzenlemelerle hayata geçirmeleri gerekmektedir. İç hukukumuzda da 6331 sayılı Kanun dışında, deniz adamlarının iş güvenliği ve sağlığının korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz araçlarının uluslararası seyrüsefer hâlleri 6331 sayılı Kanun’dan istisna edildiğine göre, deniz adamlarının uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde buldukları sürece Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yararlanmaları mümkün olamamaktadır. Bu durum, yukarıda açıklanan sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

6331 sayılı Kanun’da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin armatörler için maliyeti artırıcı bir unsur olduğu ve bu durumun, Türk armatörlerinin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirler alınmasını zorunlu kılmayan ülkelere ait işletmeler karşısında rekabet gücünü belli ölçüde azalttığı muhakkaktır. Ancak deniz adamlarının yaşamını ve sağlığını doğrudan etkileyen iş güvenliği ve işçi sağlığı tedbirlerinin alınmasının, maliyetlerin azaltılması ve armatörlerin rekabet gücünün artırılmasına feda edilmesi Anayasa’da güvenceye bağlanan yaşam hakkını ihlal etmektedir.

Ayrıca deniz adamlarının, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde buldukları sürece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yoksun bırakılması, Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının yanında, Anayasa’nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği ile çalışma ortamına ilişkin temel sözleşme olan 155 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 1. maddesinin birinci fıkrasında, Sözleşme’nin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında, bu Sözleşmeyi onaylayan üyenin, mümkün olan en erken safhada, ilgili işçi ve işverenlerin temsilcisi olan kuruluşlara danıştıktan sonra, “işin gereği olarak önemli özel sorunlar yaratan deniz taşımacılığı veya balıkçılık gibi belirli ekonomik faaliyet kollarını”, tamamen veya kısmen uygulama alanı dışında tutabileceği hükme bağlanmış ise de bu durum, bu kişilerin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik korumalardan tamamen yoksun bırakılabilecekleri anlamına gelmemektedir. Nitekim Sözleşme, bu ekonomik faaliyet alanında çalışanları tamamen

korumasız bırakmamış, 1. maddenin üçüncü fıkrasında, taraf devletlere, uygulama alanı dışında tutulan her bir ekonomik faaliyet kolunda çalışanların yeterli şekilde korunması için önlemler alma ödevi yüklemiştir.

Dava konusu kuralın gerekçelerinden biri de “deniz taşımacılığının kendine özgü çalışma koşullarının bulunması”dır. Anayasa’nın yukarıda açıklanan hükümlerinde, deniz taşımacılığı sektöründe çalışan işçilerin yaşam ve sağlık haklarını doğrudan ilgilendiren iş sağlığı ve güvenliğine yönelik önlemlerden mahrum bırakılmasına olanak tanıyan herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliğine yönelik ne tür tedbirler alınacağını belirlemek kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, işin mahiyetini dikkate alarak çeşitli ekonomik faaliyet türleri itibarıyla farklı tedbirler öngörmesi mümkündür. Fakat bazı çalışanların bütünüyle, öngörülen tedbirlerin kapsamı dışında bırakılması Anayasaya uyumlu olmaz.

Bu itibarla, deniz taşımacılığının kendine özgü koşulları nedeniyle 6331 sayılı Kanun’da getirilen yükümlülüklerin, bu işle uğraşan işverenler yönünden yumuşatılması veya belli ölçüde farklılaştırılması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, 6331 sayılı Kanun’da öngörülen yükümlülüklerin, deniz taşımacılığına özgü koşullar ve zorlukların gerektirdiği ölçüde yumuşatılması yerine, dava konusu kuralla, deniz taşımacılığında kullanılan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri bütünüyle 6331 sayılı Kanun’un kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu durum, deniz adamlarının uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde buldukları sürece Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve işçi güvenliğine ilişkin korumalardan yararlanmamaları sonucunu doğurduğundan Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

Kural Anayasa’nın 2., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa’nın 5. ve 90. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Ç- Kanun’un 20. Maddesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

274 sayılı Sendikalar Kanunu’nda sendikaların işkolu esasına göre kurulması benimsenmiş, buna karşılık işyeri ve meslek sendikacılığı açıkça yasaklanmamıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu’nda ise sendika sayısını azaltarak daha merkezi birimlere dayalı “güçlü” sendikacılığın yolunu açmak amacıyla işyeri ve meslek sendikacılığı açıkça yasaklanmış ve sendikaların ancak işkolu esasına göre kurulabileceği belirtilmiştir.

6356 sayılı Kanun’da sendikaların işkolu esasına göre kurulacağı belirtilmiş, ancak işyeri ve meslek esasına göre sendikaların kurulması açıkça yasaklanmamıştır.

İşyeri ve meslek esasına göre sendikaların kurulmasının önünde bir engelin bulunmadığı 1983 yılından önceki dönemde yürürlükte bulunan 275 sayılı Toplu İş

Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda, herhangi bir işkolu barajı öngörülmemiştir. 2821 sayılı Kanunla işkolu sendikacığının benimsenmesiyle, aynı gün yürürlüğe giren 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunuyla da işkolu barajı getirilmiştir. Anılan Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir işçi sendikasının bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu, bu koşulu sağladıktan sonra da işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarından bir fazlasını, yani salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekmektedir. Buna göre, anılan Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde toplu iş sözleşmesi yetkisi hususunda işkolu barajı ve işyeri barajı biçiminde ikili bir baraj uygulanmaktadır.

2822 sayılı Kanunla getirilen yüzde onluk işkolu barajı, 6356 sayılı Kanunla yüzde üçe düşürülmüştür. 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, bir işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde etmektedir.

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi konusunda ikili baraj sistemini korumakla birlikte, yetki alımını kolaylaştırmaya yönelik sayısal değişiklikler getirmiştir. Buna göre bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının yetkili olabilmesi için, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün bu sendikanın üyesi bulunması ve sözleşmenin yapılacağı işyerinde veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması gerekmektedir.

6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Maddenin devam eden fıkralarına göre, yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK veya Kurum) yapılan işçi bildirimlerini esas alır.

6356 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Yetki tespiti için yine başvuru tarihi esas alınmaktadır. Yetki başvurusu tarihinde işyeri ya da işletmede çalışan işçiler Bakanlık tarafından üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile SGK verileri esas alınarak tespit edilir. Bakanlık, sendikanın yetkili olduğunu tespit ettiğinde, ilgili sendika ile o işkolunda kurulu diğer sendikalar ve işveren tarafına bildirir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında, işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığı ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgilerin sadece başvuruyu yapan tarafa bildirileceği ifade edilmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının başvurusu üzerine tespit yazısını alan işçi sendikaları veya işveren tarafı altı işgünü içinde iş mahkemesinde yetki itirazında bulunabilir. Maddenin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikasının yetki

itirazında bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasıyla, 42. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasına da, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilme imkânı getirilmiş ve mahkemenin, bu hüküm uyarınca açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirmesi öngörülmüştür.

Kanun'un 20. maddesiyle 6356 sayılı Kanun'un "Yetki" başlıklı 41. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin" biçiminde değiştirilmek suretiyle işkolu barajı yüzde üçten, yüzde bire düşürülmüştür.

İşkolu barajının yüzde bire düşürülmesine paralel olarak, 6356 sayılı Kanun'un "Yetki itirazı" başlıklı 43. maddesinde de şekli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, Kanun'un 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresi "yüzde birinden" biçiminde değiştirilmek suretiyle yetki itirazında bulunamayacak sendikaların, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesinin bulunması; Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresi "yüzde birini" biçiminde değiştirilmek suretiyle de 42. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasının altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açması durumunda mahkemenin, davayı bildirmekle yükümlü olduğu sendikaların o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikası olması sağlanmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, işkolu barajının, sendikaların çokluğu ve serbestliği ilkesinin fiilen yaşama geçirilmesine engel teşkil ettiği, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) tavsiyeleri doğrultusunda işkolu barajı önce yüzde üçe, dava konusu kuralla da yüzde bire düşürülmüş ise de bu oranın da Türkiye'de sendikalaşmanın önünde ciddi engel teşkil ettiği, zira işkollarında çalışan toplam işçi sayısı ile sendikalara kayıtlı işçi sayılarına ilişkin istatistiklerin tespitinde SGK'ya yapılan işçi bildirimlerinin esas alınmaya başlanması üzerine sendikali işçilerin toplam çalışan işçi sayısına oranında ciddi düşüşler meydana geldiği ve bu nedenle birçok sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kaybettiği, işkolu barajıyla bazı sendikalar için ayrıcalıklı bir durum oluşturulduğu, baraj sisteminin sendikalaşmayı ve toplu iş sözleşmesi imzalayabilmeyi olumsuz etkilediği, bu durumun sosyal devlet, eşitlik ve devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, ayrıca 6356 sayılı Kanunla işkollarının sayısının da 28'den 20'ye düşürülmesi nedeniyle özellikle birleştirilen iş kollarında bu barajın fiilen arttığı, bu durumun, sendikalaşma ve toplu pazarlık hakkının ölçsüz bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurduğu, öte yandan, ILO denetim organlarının raporlarında, Türkiye'de sendikaların toplu pazarlıkta temsil yetkisine sahip olabilmesi için aranan yüzde 10'luk işkolu barajı ile yüzde 50'lik işyeri/işletme barajının defalarca eleştirildiği ve hükümetlere bu ikili barajın tümüyle kaldırılması çağrısında bulunulduğu, ILO'nun yetkili organlarının kararlarına rağmen işkolu barajına yer verilmesinin Anayasa'nın 90. maddesiyle bağdaşmadığı, işkolu barajının Anayasa Mahkemesinin 8 ve 9.2.1972 tarihli ve E.1970/48, K.1972/3 sayılı kararında ortaya konulan ilkelerle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Dava konusu kuralla, 6356 sayılı Kanun'un "Yetki" başlıklı 41. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin" biçiminde değiştirilmek suretiyle işkolu barajı yüzde üçten yüzde bire düşürülmüş, buna paralel olarak

da Kanun'un 43. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarında bazı şekli değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.

Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkının gereklerindedir.

Sendika kurma hakkı mutlak olmayıp Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir.

Anayasa, sendika hakkının bir unsuru olan toplu sözleşme hakkını, 53. maddede özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, *"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler."* denildikten sonra son fıkrasında, *"Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapıma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 53. maddesinin son fıkrasında, toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapıma şekli, usulü ve yürürlüğünün kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Ancak toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, toplu sözleşme hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

Bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin bu sendikanın üyesi bulunması şartının, sendika özgürlüğünün bir parçası olan toplu sözleşme hakkının norm alanını daralttığı için sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

İşkolu barajı, sendikaların sayısının makul seviyede kalmasını sağlayarak sendikalar arası yıkıcı rekabeti önlemek ve bu suretle işverenden bağımsız güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerini temin etmek amacına dayanmaktadır. Bağımsız ve güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi, çalışanların sendikal haklardan daha etkin bir şekilde yararlanmaları

sonucunu doğurmakta olup bunun, sendikahak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Dolayısıyla işkolu barajı öngörülmesinde, anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Ancak toplu sözleşme yapılabilmesi için işkolu barajı öngörülmek suretiyle sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

2822 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, bir işçi sendikasının bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu, bu koşulu sağladıktan sonra da işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasını, yani salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekmekte iken, 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla, yüzde onluk işkolu barajı yüzde üçe düşürülmüş, sözleşmenin yapılacağı işyerinde veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının sendikaya üye olması zorunluluğu aynen korunmuş ise de işletme barajı yüzde kırka indirilmiştir.

Sendikalara ilişkin istatistiklerin belirlenmesinde SGK verilerinin esas alınmasıyla birlikte 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde % 60 civarında görülen sendikalaşma oranının gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkmıştır. SGK verilerini esas alınarak belirlenen sendikalaşma oranı, Ocak 2013 istatistiğine göre % 9,21, Temmuz 2013 istatistiğine göre ise % 8,88 düzeyinde gerçekleşmiştir. Gerçek istatistiklerin esas alınması sonucu, birçok sendika yüzde üç barajının altında kalmıştır. Yasama sürecindeki tartışmalardan, kanun koyucunun bu gerçeği gözönünde bulundurarak daha fazla sendikanın barajı aşabilmesini ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesini temin etmek amacıyla dava konusu kuralla, yüzde üç olan işkolu barajını yüzde bire indirdiği anlaşılmaktadır.

Toplu sözleşme hakkı, çalışanlara, üyesi buldukları sendikalar aracılığıyla işverenle karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla görüşme ve anlaşma yapabilme yetkisi tanıyan sendikal bir haktır. Toplu sözleşme hakkı sendika özgürlüğünün önemli bir parçasını oluştursa da sendikal özgürlükler toplu sözleşme hakkından ibaret olmayıp bunun dışında başka araçlar da bulunmaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, sendikaların, çalışanların "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek*" amacıyla faaliyet gösterecekleri ifade edilmiş, ancak hangi araçlarla bu amacı gerçekleştirecekleri hususunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla tüm sendikalara toplu sözleşme hakkı tanınmasının, çalışanların "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması*" amacı bakımından zorunluluk taşıdığı söylenemez. Bu itibarla, en yüksek temsil gücüne sahip sendikalara toplu görüşme yapma yetkisi tanınması kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte, toplu sözleşme yapma yetkisini haiz bulunmayan diğer sendikaların, üyelerinin "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması*"nı temin edecek araçlardan tamamen yoksun bırakılmaları gerekmektedir. Çoğunluğu sağlayamayan sendikaların, toplu pazarlığa katılamasalar da en azından üyelerinin hak ve çıkarlarını dile getirme imkânından tamamen mahrum bırakılmaları durumunda sendikal haklara yapılan müdahalenin ölçülü olmayacağı söylenebilir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin birinci

fikrasında geçen “*çıkartmalarını korumak amacıyla*” başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma kavramının, sendikalara “*danışılma/dinlenilme*” hakkını tanıdığı biçiminde yorumlamakta ve toplu görüşmeyi, danışılma hakkının araçlarından biri olarak görmektedir. AİHM, her sendikanın toplu sözleşme yetkisine sahip olmasının bir zorunluluk olmadığını, taraf devletlerin, gerekli gördükleri takdirde temsilci sendikalara özel statü tanıyacak şekilde düzenleme yapabileceklerini kabul etmektedir (*Demir ve Baykara/Türkiye*, B. No: 34503/97, 12.11.2008, § 154).

ILO denetim organları da AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde, “*en çok temsil gücüne sahip örgütlere*” mevzuat yoluyla bazı ayrıcalıklar tanınabileceğini kabul etmekte, ancak çoğunluğu sağlayamayan sendikaların da üyelerinin çıkarlarını koruma yönünden işlevsiz kalmaması, toplu pazarlığa katılmasalar da en azından üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirip bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilmeleri gerektiğini ifade etmektedirler.

Bu itibarla AİHM içtihatları ile ILO denetim organlarının raporları da dikkate alındığında, müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken yüzde birlik barajı aşamayan sendikaların danışılma haklarını kullanacak araçlara sahip olup olmadıklarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

6356 sayılı Kanun’un 26. maddesinde, kuruluşların (sendika ve konfederasyonların), tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette bulunabilecekleri; çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikaların, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik hakları ile ilgili olarak üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahip oldukları belirtilmektedir. Yüzde birlik işkolu barajını aşamayan sendikaların, toplu sözleşme yapma imkânından mahrum kalmakta iseler de ILO denetim organlarıncı altı çizilen ve sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Sendikaların, sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları dikkate alındığında, güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi amacıyla öngörülen yüzde birlik işkolu barajının çalışanlara aşırı ve olağanüstü bir yük yüklediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yüzde birlik işkolu barajının, sendika hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

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

Kuralın Anayasa’nın 2., 5., 10., 12., 49. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun’un 21. Maddesiyle 6356 Sayılı Kanun’a Eklenen Ek 1. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, “*Yetki Belgesi*”nin alınmasında, toplu sözleşme yapılmasında, mahkemelere yetki itirazında bulunulmasında ve mahkemenin açılan davaları

işçi sendikası, işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildirmesinde, Ekonomik Sosyal Konseye (Konsey) üye konfederasyonlar üyesi sendikaların, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye bulundurmaları yeterli olduğu hâlde, bu oranın, dava konusu kuralla bu üç konfederasyonun üyesi olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olarak uygulanmasının öngörüldüğü, fiilen işlevselliği bulunmayan bir organizasyona üyeliğin esas alınarak üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ile herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalar ve üyelerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde düzenleme yapılmasının adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyummadığı ve kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmadığı, hukuksal durumları aynı olan işçi sendikaları arasında, Konseye kanunla üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikalar lehine ayrımcılık yapılmasının kanun önünde eşitlik ilkesiyle çeliştiği, ayrıca kuralın, Konseye üye olmayan konfederasyon üyesi sendikaları toplu sözleşme yapma hakkı elde etmek ve yapabilmek için Konsey üyesi konfederasyonlara üye olmaya zorladığından “sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma” özgürlüğünü ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, bir sendikanın toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi elde edebilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartının, Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olarak uygulanması, ayrıca yetki itirazında bulunabilecek sendikalar ile yetki itirazı davalarında, davanın bildirileceği sendikaların bulundurmaları gereken üye sayısının, Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olması öngörülmektedir. Bu durumda, Konseye üye konfederasyonlara üye olan işçi sendikaları, kurulu buldukları işkolundaki işçilerin en az yüzde birini üye bulundurmaları hâlinde toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisine elde ederken Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikalarının bu yetkiye kavuşabilmeleri için kurulu buldukları işkolundaki işçilerin en az yüzde üçünü üye bulundurmaları gerekmektedir.

4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun’da, Konsey üyesi işçi konfederasyonları, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) olarak sınırlı bir biçimde sayılmış olup herhangi bir sendikanın yüzde birlik işkolu barajına tabi olabilmesi için Kanun’da Konsey üyesi olarak sayılan bu üç konfederasyondan birine üye olması gerekmektedir. Bu üç konfederasyona üye olmayan sendikaların ise toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi elde edebilmeleri için yüzde üç işkolu barajını aşmaları gerekmektedir.

Anayasa’nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika özgürlüğü, çalışanların her türlü baskıdan arı olarak dilediği sendikaya üye olabileme hak ve yetkisini içeren olumlu sendika özgürlüğünün yanında, sendikaya üye olmama serbestisini ifade eden negatif sendika özgürlüğünü de kapsamaktadır. Anayasa’nın 51. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya...zorlanamaz.” denilmek suretiyle bu hak açık bir biçimde düzenlenmiştir. Sendikaya üye olmama özgürlüğü, sendikaların gücüne karşı çalışanı korumayı amaçlamaktadır.

Sendika özgürlüğü, sendikaların üst kuruluşlara üye olmama serbestisini de içermektedir. Bu bağlamda, sendikaları belli konfederasyonlara üye olmayı doğrudan veya dolaylı olarak zorunlu kılan düzenlemeler sendika özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur.

Günümüzde birçok ülkede, başta çalışma hayatını ilgilendiren konularda olmak üzere işçi-işveren ve hükümet kesimleri ile diğer bazı kurum temsilcilerinin bir araya geldiği sosyal diyalog mekanizmalarının kurulduğu görülmektedir. 3851 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 2.6.1976 tarihli ve 114 sayılı Uluslararası Çalışma Normları

Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışmaya İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, işbu Sözleşme'yi onaylayan ILO'nun her üyesinin, hükümet, işveren ve işçi temsilcileri arasında etkin danışmayı gerçekleştirmeyi sağlayacak usulleri işletmeyi taahhüt edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla üçlü danışma işlevi görecektir mekanizmaların oluşturulmasının 114 sayılı ILO Sözleşmesi'nin de bir gereği olduğu söylenebilir.

Ülkemizde de bu tür bir sosyal diyalog mekanizmasının kurulması gereği uzun süre tartışıldıktan sonra bu amaçla ilk kez 1995 yılında Başbakanlık genelgesiyle Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuş, anılan Konsey 4641 sayılı Kanunla kanuni güvenceye kavuşmuş, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle de anayasal bir kuruma dönüştürülmüştür.

4641 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Konseyin temel amacının, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında toplumsal uzlaşma ve işbirliği sağlamak, sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak istişari mahiyette ortak görüş belirlemek olduğu açıklanmıştır. Ayrıca gerek Anayasa'da gerekse Kanunda, Konseyin kararlarının bağlayıcı değil, tavsiye ve istişari nitelikte olduğu açık bir biçimde vurgulanmıştır.

Kanun koyucunun, 114 sayılı ILO Sözleşmesi'nin de bir gereği olan sosyal diyalog mekanizmaları öngörmesi ve tüm sosyal tarafların bu amaçla kurulan Konseye üye olmalarını teşvik eden ve hatta zorunlu kılan düzenlemeler yapması takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Emek kesimini temsil eden sendikaların sosyal diyalog sürecine katılımlarının sağlanmasında kamu yararı bulunduğundan işçi örgütlerinin sendikal haklarına sınırlama getirilmemesi kaydıyla Konseye üye olmalarının zorunlu kılınması Anayasa'ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, iş sözleşmesi yapabilme yetkisinin elde edilebilmesi için gerekli olan yüzde birlik işkolu barajının Konseye üye olmayan sendikalar yönünden yüzde üç olarak uygulanması öngörülmek suretiyle işçi sendikaları bakımından Konseye üye olan konfederasyonlara üye olmak avantajlı hâle getirilmiştir. 4641 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Konsey üyesi işçi konfederasyonları, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK olarak sınırlı bir biçimde sayılmış olup bu üçü dışındaki işçi konfederasyonlarının Konseye üye olması söz konusu olmadığı gibi bu konfederasyonlara üye olmayan sendikaların Konseyde temsili de mümkün değildir. Dolayısıyla dava konusu kuralla, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK'e üye olan işçi sendikaları, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi yönünden avantajlı bir pozisyona sokulmuşlardır.

Dava konusu kuralda işçi sendikalarının Türk-İş, Hak-İş veya DİSK'e üye olmalarını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme yer almamakta ise de iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan yüzde birlik işkolu barajının bu üç Konfederasyondan birine üye olmayan sendikalar yönünden yüzde üç olarak uygulanmasının, sendikaları, bu Konfederasyonlara üye olmaya zorlayıcı bir nitelik taşıdığı açıktır. Zira toplu iş sözleşmesi imzalamak işçi sendikalarının varlık koşulu değil ise de temel hedeflerinden biridir. Sendikalar, bu hedeflerine ulaşabilmek için tabiatıyla yüzde üç yerine yüzde birlik işkolu barajı avantajından yararlanmak isteyecek ve dolayısıyla Konseye üye olan üç işçi konfederasyonundan birine üye olmak durumunda kalacaklardır. Sendikaların, yüzde birlik işkolu barajına tabi olma avantajı getirilmek suretiyle 4641 sayılı Kanun'da sayılan konfederasyonlarından birine üye olmaya zorlanmaları, sendika özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 51. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Kural, Anayasa'nın 51. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 2. ve 10. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

E- Kanun'un 38. Maddesiyle 5502 Sayılı Kanun'un Başlığı ile Birlikte Değiştirilen 36. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...ve vekaletname ibrazı..." İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, SGK avukatlarının vekâletname ibrazından muaf tutulmalarının, 1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekâletnameye pul yapıştırmak suretiyle avukatlardan tahsil edilen baro pulu bedellerinden de muaf olmaları sonucunu doğurduğu, baro pulu bedellerinin yarısının 1136 sayılı Kanun'un 27/A maddesiyle kurulan ve baro levhasına kayıtlı tüm avukatların yararlandığı "*Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*"na aktarıldığı, Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların da kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonunun yardımlarından yararlandıkları hâlde, baro pulundan muaf tutulmalarının, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 38. maddesiyle 5502 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kurumu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesinin Kurumca yazılı olarak veya Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslar dairesinde elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verileceği; bu listelerin, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderileceği; yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimlerinin ilgili mahkemelerin Cumhuriyet başsavcılıklarına veya mahkeme başkanlıklarına bildirileceği kurala bağlanmıştır. Üçüncü fıkranın dava konusu kuralı da içeren dördüncü cümlesinde, listede isimleri yer alanların baroya kayıt ve vekâletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri belirtilmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, staj süresince stajyerlere Türkiye Barolar Birliğince (TBB) kredi verileceği belirtilmiş ve ödenecek kredinin kaynağının; avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri ile geri ödmeden gelen paralar ve bunların gelirleri olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin devamında bu pulların, TBB tarafından bastırılacağı ve yapıştırılacak pulun değerinin, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun yargı harçları bölümünde yer alan vekâletname örnekleri için kullanılan harç tarifesinin yüzde elli fazlası kadarı olduğu kurala bağlanmıştır. Maddede ayrıca, her yıl yenilenen vekâlet pulu bedeline ayrıca yüzde beş oranında ilave yapılacağı ve bu suretle elde edilecek kaynağın avukat stajyerlerinin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesinde kullanılacağı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, avukatlarca vekâletname sunulan mercilerin, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekâletname ve örneklerini kabul edemeyeceği, gerektiğinde ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekâletnamenin işleme konulamayacağı ifade edilmiştir. Dava konusu kurala, SGK I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının Kurum vekili sıfatıyla takip ettikleri her türlü dava ve icra işlemlerinde vekâletname ibraz mecburiyetleri ortadan kaldırılmak suretiyle baro pulu ödeme yükümlülükleri de sonlandırılmıştır.

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 amacıyla 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.

1136 sayılı Kanun'a, 5043 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen 27/A maddesiyle, TBB nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere "*Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*" kurulmuş ve 1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekâletnamelere pul yapıştırılmak suretiyle avukatlardan tahsil edilen baro pulu bedelinin yarısının bu Fona aktarılması öngörülmüştür. Bu fondan yapılacak harcamaların esas ve usulleri ile diğer hususların Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve Adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikte gösterileceği kurala bağlanmıştır.

1136 sayılı Kanun'un 66. maddesine göre, kural olarak her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlüdür. Ancak aynı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır.

"*TBB Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*"ndan kimlerin, hangi kıstaslar esas alınarak yararlandırılacağı hususunda Kanun'da herhangi hükme yer verilmemiş, bu konunun düzenlenmesi TBB'nin takdirine bırakılmıştır. TBB tarafından çıkarılacak Yönetmelikte Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların Fonun finansmanına katkı sağlayıp sağlamadıkları dikkate alınarak haklarında düzenleme yapılabileceği tabiidir. Dolayısıyla Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların Fondan yararlanıp yararlanmayacakları hususu, TBB'ce çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek bir mesele olup anayasal bir sorun oluşturmamaktadır. Bu itibarla dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan bir serbest meslek faaliyeti olan avukatlık mesleği kural olarak bağımsız bir biçimde, avukat ile müvekkil arasında serbest iradeyle akdedilen vekâlet sözleşmesi çerçevesinde icra edilmektedir. Bağımsız bir biçimde yürütülen avukatlık faaliyetinde vekâlet sözleşmesinden doğan tüm yükümlülükler avukatın kendisi katlanmakta, her türlü borç avukatın şahsi borcu sayılmaktadır. Kadrolu SGK avukatı ise bağımlı çalışan olarak sadece Kuruma ait işleri yürütmekte, Kurumdan bağımsız bir şekilde üçüncü kişilerden vekâlet alamamaktadır. Ayrıca Kurumun kadrolu avukatının takip ettiği dava ve icra işlemlerinden doğan vekâlet pulu dâhil her türlü mali yükümlülük Kuruma ait olmakta ve bu mali yükümlülükler SGK bütçesinden karşılanmaktadır.

Bağımsız bir şekilde serbest meslek faaliyeti icra eden avukatlar ile Kuruma bağlı çalışan avukatların aynı konumda olmadıkları açıktır. Kanun koyucunun, Kurumu, bağımlı çalışan avukatların özel statüleri nedeniyle fiilen SGK üzerinde kalan vekâlet pulu bedellerini ödeme yükümünden kurtarmak amacıyla Kurum I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının Kurum vekili sıfatıyla takip ettikleri her türlü dava ve icra işlemlerinde vekâletname ibraz mecburiyetlerini ortadan kaldırması eşitlik ilkesini zedelememektedir.

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

F- Kanun'un 54. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 103. Maddesine Eklenen Üçüncü ve Dördüncü Fıkraların İncelenmesi

1- Üçüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, sağlık hizmeti sunucusu hakkında müfettiş inceleme veya soruşturması esnasında birtakım tespitlerin yapılmasına ve yargı kararıyla kesinleşmemiş tespitlere göre SGK alacağının riskli olduğuna karar verilerek sağlık hizmeti sunucusunun muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulmasının ve alacağın tahsili için teminat öngörülmesinin, sağlık hizmeti sunucularının hukuk güvenliklerini ortadan kaldırdığı, ortada bir yargı kararı olmadan müfettiş incelemesine dayalı olarak sağlık hizmeti sunucularının Kurumdan olan muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulmasının, alacaklarına kavuşmalarının müfettiş incelemesinin altı ay içinde tamamlanıp rapora bağlanamaması veya teminat gösterilmesi şartlarına bağlanmasının, kişilerin mülkiyet hakkının Anayasa'da öngörülmeleyen bir surette durdurulması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 14. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

5510 sayılı Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri ve sağlanacak haklarını, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılama yöntemlerini belirlemektedir. Anılan Kanun'un 73. maddesinde sağlık hizmeti sağlama yöntemi düzenlenmektedir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'a göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır.

Kanun'un 103. maddesinde, idari yaptırımlar ve fesih konuları düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, Kurumca yapılan inceleme neticesinde fıkroda belirtilen fiilleri işledikleri tespit edilen sağlık hizmeti sunucuları hakkında genel hükümlere göre takip yapılacağı, bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutarın 96. maddeye göre geri alınacağı belirtilmiş ve ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının SGK ile yaptıkları sözleşmelerin feshedilebileceği ve Kurumca belirlenecek süre içinde kendileriyle tekrar sözleşme yapılmayacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu maddeye, Kanun'un 54. maddesiyle eklenen dava konusu üçüncü fıkroda, Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak oluşabilecek Kurum alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun SGK nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararının kendiliğinden kalkacağı ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunacağı, altı aylık süre sonuna kadar ödenmesi

durdurulan alacakların ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmeyeceği belirtilmiştir. Fıkranın son cümlesinde, sağlık hizmeti sunucusunun SGK nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan SGK ünitesi tarafından kaldırılması ve SGK nezdindeki alacaklarının ödenmesi öngörülmüştür.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

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 yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanılanın biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsamaktadır. Öte yandan, mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi olmayan hakları da içermektedir.

Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularının Kuruma sundukları sağlık hizmetinden doğan alacaklarının mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu açıktır. Dolayısıyla SGK alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin durdurulması, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük, kamu yararının korunması ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir. Öngörülen tedbirin, maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez.

Maddenin gerekçesinde, telafisi güç veya imkânsız bir zararın ortaya çıkması durumunda, sonradan tahsili imkânsız hâle geleceği anlaşılan bu tür zararların müfettiş incelemesi sonuçlanıncaya kadar ödenmesinin engellenmesiyle, ortaya çıkmış olan bir zararın hukuki işlemler neticesinde tahsilâtının imkânsız hâle gelmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Kanun koyucunun kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması yolunda düzenleme yapmasında kamu yararı bulunmadığı söylenemez.

Sağlık hizmeti sunucusunun alacağının ödenmesinin durdurulması tedbiri, SGK müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak Kurum alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde uygulanabilecektir. Dolayısıyla durdurma kararının alınabilmesi için müfettişlerce Kurumun zarara uğratıldığı yolunda somut olgulara dayanan tespitlerin yapılmış olması ve bu alacağın tahsilinin riske gireceğine ilişkin ciddi kriterlerin bulunması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca alacağın ödenmesinin durdurulması tedbirinin, inceleme veya soruşturmayı yapan müfettişin dışında en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü alındıktan sonra Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla uygulanması öngörülmek suretiyle tedbirin uygulanması için gereken koşulların oluşup oluşmadığı hususunun SGK içinden de bir denetim süzgecinden geçirilmesi temin edilmiştir.

Durdurma kararının, soruşturma konusu alacak dışındaki diğer alacaklar yönünden en fazla altı ay süreyle uygulanabileceği kurala bağlanmış ve bu süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise bu alacaklar yönünden durdurma kararının kendiliğinden kalkması, bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunması öngörülmüştür. Ödenmesi durdurulan alacağın, tahsilinin riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olması gerektiği de açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Öte yandan, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan Kurum ünitesi tarafından kaldırılması ve Kurum nezdindeki alacaklarının ödenmesi kurala bağlanmıştır.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, sağlık hizmeti sunucusunun alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin uygulanabilmesi için gereken koşulların kanunda açık, net ve anlaşılır bir biçimde düzenlendiği ve Kanun'un, malikin menfaatlerini tamamen gözardı etmediği, malikin haklarının korunması açısından da yeterli güvenceler içerdiği anlaşılmaktadır. Tedbirin uygulanması için gereken koşullar bir arada değerlendirildiğinde, malike, olağanüstü ve katlanılamaz bir yük yüklenmediği ve sağlık hizmeti sunucularının alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin açıkça ölçsüz olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 14. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Dördüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, SGK tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla, idari işleme karşı dava açma süresi geçmeden veya sözleşmenin feshinin hukuka uygun olduğu yargı kararıyla kesinleşmeden, tek taraflı tahakkuk ettirilen Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden yeni bir sözleşme yapılmamasını öngören düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacak ve sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyecek olmasının, suçların ve cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Kanun'un 103. maddesinin birinci fıkrasında, Kurumca yapılan inceleme neticesinde sağlık hizmeti sunucularının,

- sağlık hizmeti sunulmadığı hâlde sağlık hizmeti fatura etme,

- faturanın veya faturaya dayanak oluşturan belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenleme,

- 64. madde gereğince kapsam dışı tutulan sağlık hizmetlerini kapsam içinde olan sağlık hizmetleri gibi gösterme,

- sağlık hizmetlerine hak kazanmayan kişilere sağlık hizmeti sunarak Kuruma fatura etme,

- 73. madde gereğince belirlenen tavanın üzerinde ilave ücret alma,

fiillerini işlediğinin veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandıklarının tespit edilmesi durumunda SGK ile yaptıkları sözleşmelerin feshedilebileceği ve ayrıca SGK tarafından belirlenecek süre içinde bu şekilde sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusuyla tekrar sözleşme yapılmayacağı hükmüne bağlanmıştır.

Kanun'un 54. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'un 103. maddesine eklenen dava konusu dördüncü fıkrada, SGK tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılmayacağı hükmüne bağlanmış, söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde ise feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacağı belirtilmiş, sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyeceği öngörülmüştür.

Dava konusu kural bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, amacın, kamu alacağının tahsil imkânını artırmak olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde kanun koyucu, anayasal ilkelere uymak kaydıyla, kamu alacaklarının tahsilini sağlamaya ve bu alacakları güvenceye bağlamaya yönelik düzenlemeler yapabilir. Bu bağlamda, hukuka aykırı eylemleriyle Kurumu zarara uğrattıkları tespit edilen sağlık hizmeti sunucularıyla söz konusu eylemden doğan kamu alacağının tahsilini sağlamak amacıyla, bu alacak tahsil edilene kadar yeniden sözleşme yapılmayacağı ve muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin de ödenmeyeceğinin öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kuralda, hangi şartlarda sözleşmenin feshedileceği açık, net ve belirgin bir biçimde düzenlendiğinden hukuk güvenliğini zedeleyen ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden bir yön bulunmamaktadır.

Söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde devralan sağlık hizmeti sunucusu ile tekrar sözleşme yapılabilmesi için de feshe neden olan Kurum alacaklarının tahsil edilmiş olması şartının getirilmiş olmasının da aynı amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği, aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile

diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiğinin kabul olunacağı belirtilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202. maddesine göre, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtım yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bu hükümler uyarınca, sağlık hizmeti sunan işletmeyi devralan kişi, bu işletmenin tüm borçlarından sorumlu olup önceki sağlık hizmeti sunucusunun devredilen işletmeden kaynaklanan tüm borçları işletmeyi devralan yeni sağlık hizmeti sunucusuna geçmektedir. Dolayısıyla devredilen işletmenin Kuruma olan borçları da devralan sağlık hizmeti sunucusunun borcu hâline gelmektedir. Yeni sağlık hizmeti sunucusunun borçlusu hâline geldiği kamu alacaklarının tahsil edilmediği sürece onunla sözleşme imzalanmamasını, muayene ve işlemlerine ilişkin fatura bedellerinin de kendisine ödenmemesini öngören kuralda, yukarıda açıklanan gerekçelerle hukuk devletine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgili görülmemiştir.

G- Kanun'un 61. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 57. Maddenin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "...ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez." İbaresinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan sigortalıların, anılan bentte belirtilen tarihlerden itibaren kendi mevzuatına göre kayıt veya tescili yapan ilgili kurum, kuruluş ve birliklerin, vergi daireleri ile Esnaf ve Sanatkâr Sicil Müdürlüğünün sigortalı işe giriş bildirgesi düzenleyerek SGK'ya vermekle yükümlü oldukları hükmüne bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların, sigortalılıklarının hangi tarihlerde sona ereceği açıklanmış, üçüncü fıkrasında ise sigortalılıkları (b) bendinde belirtilen şekillerde sona erenlerin durumlarının kendileri ve sözü edilen bentte belirtilen faaliyetin sona erme hâlinin bildirildiği kuruluşlar veya vergi daireleri tarafından, en geç on gün içinde Kuruma bildirileceği kurala bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, işverenin, örneği SGK tarafından hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte SGK'ya vermekle yükümlü olduğu; altıncı fıkrasında ise valilikler, belediyeler ve ruhsat vermeye yetkili diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yapı ruhsatı ve diğer tüm ruhsat veya ruhsat niteliği taşıyan işlemlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile varsa bunların verilmesine esas olan istihdama ilişkin bilgileri, verildiği tarihten itibaren bir ay içinde SGK'ya bildirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un, "Kurumca verilecek idari yaptırımlar"ı düzenleyen 102. maddesinin birinci fıkrasının;

- (b) bendinin (1) numaralı alt bendiyle, Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasıyla kamu idarelerine yüklenen yükümlülüklerin,

- (g) bendiyle, Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası ile 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler yükümlülüklerin,

- (h) bendiyle, 11. maddesinin üçüncü fıkrasıyla ticaret sicil memurluklarına yüklenen yükümlülükler ile aynı maddenin altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüğün,

yerine getirilmemesi hâlinde idari para cezası uygulanması öngörülmüştür.

Kanun'un 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasında, 5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükler ile 11. maddenin üçüncü ve altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüklerden bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmiş olanların, kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılacağı ve bu şekilde yerine getirilmiş sayılan yükümlülükler için idari para cezası uygulanmayacağı öngörülmektedir.

Fıkranın dava konusu kuralı da içeren ikinci cümlesinde, bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezalarının, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edileceği belirtilmiştir. İlgilerin bu imkândan yararlanabilmesi için değinilen yükümlülüklerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmesi zorunlu kılınmıştır. Dava konusu kuralla, tahsil edilmiş tutarların ret ve iade veya mahsup edilmeyeceği hükme bağlanmak suretiyle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ödemesini tamamlamış olanlara geri ödeme yapılmayacağı kurala bağlanmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, idari para cezasını hiç ödemeyenlerle geç ya da eksik ödeyenlerin borcu terkin edilirken zamanında ödeme yapanların ödedikleri tutarların iade edilmemesinin, kanunun gereğini yerine getirenlerin cezalandırılması anlamını taşıyacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş 5. maddesinde de, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelere biridir.

Sosyal hukuk devleti de, 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 olarak çalışanları koruyan, milli gelirin adil biçimde dağılmasını temin eden, hukuka bağlı ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.

Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi mevcut mali

yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırma yetkisine de sahiptir. Ancak bu amaçla çıkarılacak kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Kanun'un 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddeyle, anılan Kanun'dan doğan bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilerin, bu yükümlülüklerini maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri hâlinde kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılması ve bu şekilde yerine getirilmiş sayılan yükümlülükler için idari para cezası uygulanmaması, daha önce uygulanan idari para cezalarının ise kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilmesi öngörülmektedir. Dava konusu kuralla, tahsil edilmiş tutarların red ve iade veya mahsup edilmeyeceği hükmüne bağlanmak suretiyle maddenin kapsamı, henüz tahsil edilmemiş idari para cezalarıyla sınırlandırılmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, kuralla, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesine tabi sigortalıları bildirim yükümlülüğü bulunan kurum ve kuruluşlara ek süre verilerek bildirimlerini yapmalarına imkân tanınmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Bu amaçın kamu yararına dönük olmadığı söylenemez. Kamu yararı gözetilerek getirilen borcun terkinin imkânının, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce ödenen borçlara uygulanmayarak henüz tahsil edilmemiş kamu alacaklarıyla sınırlandırılması hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi borcunu ödeyenlerin cezalandırılması amacını da taşımamaktadır.

Öte yandan, ödenmekle hukuki varlığı sona eren ve "ifa edilmiş borç" statüsü kazanan kamu alacakları ile henüz ödenmemiş ve "borç" niteliğini koruyan kamu alacaklarının aynı nitelikte görülmesi mümkün değildir. Dava konusu kuralda, Kanun'un geçici 61. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte henüz ödenmemiş borçlar arasında bir ayırım yapılmadığına göre kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

Ğ- Kanun'un 64. Maddesiyle 5521 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, hizmet tespiti davalarında SGK'nın dava edilen işverenle birlikte davalı olması yerine, işverenin yanında ferî müdahil olması öngörülerek usul hukukunun temel normlarıyla bağdaşmayan bir düzenleme sevk edildiği ve sistemin bütünlüğünün bozulduğu, zira hizmet tespiti davalarının işveren ile birlikte SGK aleyhine açılmasının önüne geçilerek Kurumun vekâlet ücreti, bilirkişi ve tanık ücreti gibi yargılama masraflarından kurtarılmasının sağlandığı, Kuruma, Devletin korumakla yükümlü tutulduğu toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimleri aleyhine ferî müdahil olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasının, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca davaya davalı işveren yanında ferî müdahil olarak katılan Kuruma davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının, davanın sonuçlanmasını uzatarak toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarına neden olacağından adil yargılanma hakkını zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 64. maddesiyle 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesiyle, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davanın Kuruma resen ihbar edileceği öngörülmüş; dava konusu ikinci cümlesiyle ise ihbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurumun, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasanın 142. maddesinde, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir. Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen ferî müdahale, hakkı veya borcu başkasının açtığı davanın sonucuna bağlı olan ya da davaya konu olan kararın aynen kalmasında veya iptalinde menfaati bulunan kimsenin duruma göre ya davacı veya davalı yanında yer almasını ifade eden bir usul hukuku müessesesidir. Ferî müdahalenin amacı, bir kimsenin, tarafı bulunmadığı bir davanın sonucunun ileride açacağı veya kendisine karşı açılacağı muhtemel olan başka bir davayı etkileyecek olması durumunda tarafı bulunmadığı bu davada da lehine olabilecek tüm bilgi, belge ve delillerin mahkemenin bilgisine ve değerlendirmesine sunabilmesine imkân sağlamaktır.

6100 sayılı Kanun'a göre, ferî müdahale talebinin kabulüne karar verilen üçüncü kişi, lehine müdahale talebinde bulunduğu tarafın yardımcısı konumuna girer ve onunla birlikte hareket eder. Ferî müdahil, ancak lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun olan işlemleri yapabilir. Hüküm, sadece lehine müdahalede bulunulan taraf hakkında verileceğinden bu hükme karşı temyiz yoluna başvurma hakkı da asıl tarafa aittir. Bununla birlikte asıl tarafın hükmü temyiz etmesi durumunda ferî müdahilin de hükmü, lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz etmesi mümkündür.

Dava konusu kuralla, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, 6100 sayılı Kanun'dan farklı olarak, davalı yanında ferî müdahil olarak katılan SGK'nın, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilmesine imkân sağlanmıştır.

Dava konusu kuralda sözü edilen hizmet tespit davası 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan işlerde çalışanların SGK tarafından tespit edilemediği veya eksik bildirilmiş hizmetlerin tescil edilmediğinin sonradan öğrenildiği durumlarda bu hususların tespiti amacıyla açılan bir davadır. Bu dava, 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin son fıkrasına dayanılarak açılmaktadır. Anılan fıkraya göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları SGK tarafından tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. SGK tarafından mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınarak ilgilinin hizmet süresi hesaplanmaktadır.

Uygulamada, hizmet tespit davalarında işveren ile birlikte SGK da hasım gösterilmektedir. Yerleşik Yargıtay içtihadına göre, Kuruma husumet yöneltilmeyen hizmet tespit davalarına ilişkin kararların uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun için açılan davalarda Kurumun hasım olarak gösterilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 64. maddesiyle 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrayla, hizmet tespit davalarının SGK'ya ihbar edilmesi mecburiyeti getirilmek suretiyle SGK'nın hasım olarak gösterilmesi yerine, işveren yanında ferî müdahil olarak katılması öngörülmüş ve ayrıca dava konusu kuralla da yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurulabilmesi mümkün kılınmıştır.

Hizmet tespit davalarında ferî müdahil olarak işveren yanında katılan SGK'nın, işverenin başvurmaması durumunda dâhi kanun yoluna başvurulabilmesinin, 6100 sayılı Kanun'da yer alan ferî müdahaleye ilişkin hükümlerle uyarlı olmadığı açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılan anayasallık denetiminde ölçü norm Anayasa hükümleri olup 6100 sayılı Kanun hükümlerin esas alınması mümkün değildir.

Öte yandan ferî müdahale bir usul hukuku müessesesi olup yukarıda açıklandığı üzere hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla, kimlerin, hangi davalarda ve ne tür koşullarda ferî müdahil olabileceği ile ferî müdahilin yetkilerinin belirlenmesi, anayasal ilke ve güvencelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir.

Maddenin gerekçesinden, kuralın amacının, Kurum aleyhine veya lehine yargılama giderine hükmedilmesinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Hizmet tespiti davalarında, uyuşmazlığın asıl tarafları, işçi ile işveren olup Kurumun uyuşmazlığın özüyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak, bu davanın sonucunda verilecek kararda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınarak ilgilinin hizmet süresini hesaplaması gerekeceğinden kamu menfaatlerinin de yeterince korunabilmesi amacıyla, SGK'nın da bu davalarda hasım olarak gösterilmesi gerektiği Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. SGK'nın hasım olarak gösterilmesi, davalıya yükletilen tüm yargılama giderlerinden işverenle birlikte sorumlu olmasına neden olmaktadır. Bu durum, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Kanun koyucunun, SGK'nın tarafı bulunmadığı bir uyuşmazlıkta hasım gösterilmesi sebebiyle yargılama giderlerine mahkûm edilmesini engellemek amacıyla, hizmet tespit davalarında sadece ferî müdahil olması yolunda düzenleme yapması takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Öte yandan, SGK, davanın tarafı olmayıp sadece ferî müdahil olarak davaya katılmış olsa da 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür. Ferî müdahil sıfatıyla davaya katılan Kuruma, uygulamak ve sonucuna göre işlem yapmakla yükümlü olduğu karara karşı, asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Davalı tarafın temyiz iradesi bulunmadığı hâlde ferî müdahil olan Kurumun hükmü temyiz etmesinin, davalıya isabet eden yargılama giderlerinin artmasına yol açabileceği tabiidir. Zira temyiz isteminin reddi durumunda temyiz yargılama giderlerinden kural olarak temyiz isteminde bulunan taraf sorumlu olacaktır. Ancak 6100 sayılı Kanun'un 328. maddesinde ferî müdahil olarak davada yer alan kimsenin, yanında katıldığı tarafın haksız çıkması durumunda ferî müdahale giderinden sorumlu tutulacağı hükme bağlandığından SGK'nın, işveren tarafın iradesi bulunmamasına rağmen kararı temyiz etmiş ve temyiz istemi de reddedilmişse bu takdirde temyiz yargılama giderlerinin SGK üzerinde

brakılması gerekmektedir. Dolayısıyla Kurumun, davalı işverenin temyiz talebi bulunmaksızın yapacağı temyiz davasına külfet yüklemesi söz konusu olmadığından bu yönüyle de Anayasa'ya aykırı bir husus görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 36., 90. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 73. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, kişilerin yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal hakların seçimlik hakka indirgenmek suretiyle engellendiği, Kanunla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanılması, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolunun kapatıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 73. maddesiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergiler ile bunlara bağlı cezaların, çeşitli kanunlar gereğince verilen idari para cezalarının, ayrıca Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip edilen adli ve idari para cezaları ile diğer bazı kamu alacaklarının ferilerinin (bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammının) tahsilinden, belli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla vazgeçilmesi ve tüm borcun yeniden yapılandırılması öngörülmektedir. Maddenin kapsamı, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş kamu alacaklarıyla sınırlı tutulmuştur. Kanun'dan yararlanılabilmesi için kamu alacağının kesinleşmiş olması ve Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olması ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunması gerekmektedir.

Ayrıca bu alacakların ödenmemiş kısmının tamamı ile tahsilinden vazgeçilen ferî alacak (faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi) yerine bu Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alaktan ibaret olması hâlinde ise ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının ise % 50'sinin, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan % 50'sinin tahsilinden vazgeçilmektedir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların, maddede öngörülen şartların yanı sıra madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanun'un yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri gerekmektedir.

Maddenin (6) numaralı fıkrasında yer alan dava konusu ibareyle, bu maddeyle getirilen borcun yeniden yapılandırılması imkânından yararlanmak isteyen borçluların, maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamalarının şart olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devletinin önemli unsurlarından biri de hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasıdır. Hukuk devletinin özünü hak ve özgürlükler oluştursa da bunların sınırsızlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak hukuk devletinde hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların istisnai nitelik taşıması zorunludur.

Anayasa'da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü Anayasa'nın 13. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kamunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Anılan madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 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 etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi, hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda da sınırlandırılabilmesi mümkün görülmektedir.

Dava konusu kuralla Kanun'un 73. maddesinde öngörülen borcun yeniden yapılandırılması imkânından yararlanılabilmesi için maddede belirtilen kamu alacaklarına karşı dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması koşulunun getirilmesinin hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Kanun koyucunun, 73. madde kapsamında kalan kamu alacaklarının bir kısmının tahsilinden belli koşullar çerçevesinde vazgeçilmesi ve bu suretle borcun yeniden yapılandırılması olanağı getirmesinin kamu alacaklarının tahsil imkânının artırılması amacına dayandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, kanun koyucu, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırma yetkisine de sahiptir. Kamu alacaklarının tahsil imkânının artırılması amacıyla yeniden yapılandırılmasında ve kamu alacağının bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır. Dava konusu kuralla da, tahsil imkânının artırılması gayesiyle yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına ilişkin uyumsuzlukların sonlandırılması hedeflenmektedir. Dolayısıyla hak arama hürriyetine yönelik dava konusu kuralla getirilen

sınırlamanın, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete tanınan yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olduğu ve anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Ancak tahsil imkânının artırılması gayesiyle yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkların sonlandırılması amacıyla hak arama hürriyetine getirilecek sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşımaması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengeyi bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük ilkesi nedeniyle kanun koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, kanun koyucu, Kanun'un 73. maddesi kapsamında kalan ve yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına karşı dava açma yolunu kapatırken, gereksiz uyuşmazlıkları önleme amacı ile mükellefin menfaatleri arasında adil bir denge kurmalıdır.

Kanun koyucu, Kanun'un 73. maddesiyle borçlulara, borçlarını yeniden yapılandırma imkânı getirerek bu kapsamda borcun bir kısmını ödeme yükünden kurtarma ve yapılandırılan borcu da taksitler hâlinde ödeme avantajı sağlarken, bunun karşılığında dava konusu kuralla da, kamu alacaklarına karşı dava açmama, açılmış davalardan vazgeçme ve kanun yollarına başvurmama yükümü yüklemek suretiyle kamu yararı ile kişisel yarar arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, maddede belirtilen kamu alacaklarına karşı dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması koşulunu öngörürken tek taraflı bir biçimde borçlulara yük yüklememiş, onlara çeşitli avantajlar da sağlayarak hakkaniyete uygun bir denge kurmuştur. Borçluların hem yapılandırma imkânından yararlanması hem de uyuşmazlığı dava konusu edebilmesi, düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacağı gibi, adalete uygun olarak kurulması gereken menfaatler dengesinin borçlu lehine, kamu aleyhine bozulması sonucunu da doğuracaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın açıkça ölçüsüz olduğu söylenemeyeceğinden kuralda hak arama hürriyeti ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 36 ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

I- Kanun'un 80. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "...dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresi için açıklanan gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 80. maddesiyle Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerinden, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri ve idari para cezalarının ferilerinin (bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammının) tahsilinden, belli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla vazgeçilmesi öngörülmektedir. Maddenin kapsamı, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş kamu alacaklarıyla sınırlı tutulmuştur. Kanun'dan

yararlanılabilmesi için kamu alacağının kesinleşmiş olması ve Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olması ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunması gerekmektedir.

Ayrıca bu alacakların ödenmemiş kısmının tamamı ile tahsilinden vazgeçilen ferî alacak (faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi) yerine bu Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alaktan ibaret olması hâlinde ise ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilmektedir.

Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanun'un yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri gerekmektedir.

Maddenin (4) numaralı fıkrasında yer alan dava konusu ibarelerle, bu maddeyle getirilen borcun yeniden yapılandırılması imkânından yararlanmak isteyen borçluların, maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamalarının şart olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "...*dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*" ibaresi için açıklanan gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 36 ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

İ- Kanun'un 87. Maddesiyle Değiştirilen 5846 Sayılı Kanun'un 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun'un 87. maddesiyle 5846 sayılı Kanun'un "*Kamuya maletme*" başlıklı 47. maddesi bütünüyle değiştirilmiştir. 5846 sayılı Kanun'un 47. maddesinin, Kanun'un 87. maddesiyle değişmeden önceki hâlinde, memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce Bakanlar Kurulu kararnamesiyle kamuya mal edilebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi kaydıyla koruma süresinin bitiminden önce bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle kamuya mal edilebilmesi için, eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi, Türkiye'de veya Türk vatandaşları tarafından Türkiye dışında yayımlanmış olması, mali haklara ilişkin koruma süresinin dolmamış bulunması, yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve

hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağını tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Maddenin yeni hâlinde de Bakanlar Kuruluna, hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi kaydıyla koruma süresinin bitiminden önce bir eser üzerindeki hakları kamuya maletme yetkisi tanınmakta, önceki hâlinde olduğu gibi, eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebilmesi için eserin memleket kültürü yönünden önemli görülmesi ve Türkiye’de veya Türk vatandaşları tarafından Türkiye dışında yayımlanmış olması şartları aranmaktadır.

Bununla birlikte maddenin yeni hâlinin, bazı yönlerden önceki düzenlemeden ayrıştığı görülmektedir. Yeni düzenlemede, “*yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağını tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi*” şartı kaldırılmıştır. Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre, eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebilmesi için eserin tükenmiş bulunması gerektiği gibi yeniden yayınlanacak olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Önceki düzenlemede, kamuya mal edilme işleminin “*koruma süresinin bitiminden önce*” yapılması gerektiği belirtilmekle beraber eser sahibinin ölümünden önce yapılmayacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla eski düzenlemeye göre eser sahibi henüz hayatta olsa bile kamuya maletme işleminin tesis edilmesi mümkündür. Yeni düzenlemede ise kamuya maletme işleminin eser sahibinin ölümünden sonra yapılabileceği açıkça belirtilerek ölümünden önce eser üzerindeki haklarının kamuya mal edilmesi imkânsız hâle getirilmiştir.

Son olarak, önceki düzenlemede sadece “*mali haklardan yararlanma yetkisi*”nin kamuya mal edilmesi öngörülmüşken yeni düzenlemede, herhangi bir ayırım yapılmaksızın eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebileceği belirtilmiştir. Kanun’da eser sahibine tanınan manevi haklar; eseri kamuya sunma hakkı (m. 14), eserde sahibinin adını belirtme hakkı (m. 15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (m. 16) ve eserin üzerinde somutlaştığı malın malik ve zilyetlerine karşı olan hakları (m. 17); mali haklar ise işleme hakkı (m. 21), çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (m.25) şeklinde sayılmıştır.

Kuralda, herhangi bir ayırım yapılmaksızın eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebileceği ifade edilmiş ise de eser üzerindeki hakların, “*eser sahibinin ölümünden sonra*” kamuya mal edilebileceği açık bir şekilde belirtildiğinden kamuya maletme işlemiyle kamuya geçecek olan hakların, eser sahibinin ölümünden sonra kullanılacak olanlarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hangi haklar eser sahibinin ölümünden sonra da kullanılabilirse o haklar kamuya mal edilecektir.

5846 sayılı Kanun’un 26. maddesinin birinci fıkrasında, eser sahibine tanınan mali hakların zamanla mukayyet olduğu hükme bağlanmış; 27. maddesinin birinci fıkrasıyla da koruma süresi, eser sahibinin yaşadığı müddet ve ölümünden itibaren yetmiş yıl ile sınırlanmıştır. Dolayısıyla eser sahibinin mirasçıları, eser üzerindeki mali haklardan eser sahibinin ölümünden sonraki yetmiş yıllık süre boyunca yararlanmaya devam edeceklerinden dava konusu kural uyarınca tesis edilecek kamuya maletme işleminin mali hakları kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan 5846 sayılı Kanun’da, eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarının kullanım yetkisinin de, eser sahibinin ölümünden sonra bir başkasına veya mirasçılarına devrine veya intikaline belli ölçüde cevaz verilmiştir. Kanun’un 19.

maddesinin birinci fıkrasına göre, eser sahibinin 14. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, “*eserin kamuya sunulması hakkı*” ile 15. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, “*eser sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme hakkı*”nın, eser sahibinin varsa ölümünden önce kullanım hakkını bıraktığı üçüncü kişilerce; yoksa vasiyeti tenfiz memurunca; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri tarafından eser sahibinin ölümünden sonra kullanılması mümkündür.

Eserin kamuya sunulması hakkı ile eser sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme hakkının bir kere kullanılmakla tükenen haklardan olduğu gözetildiğinde, eser sahibinin sağlığında bu hakları kullanmış olması durumunda, ölümünden sonra yukarıda sayılan kişilerin bu hakları kullanması mümkün değildir.

Ayrıca 5846 sayılı Kanun’un 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eser sahibinin ölümünden sonra birinci fıkrada sayılan kişiler, Kanun’un 14., 15. ve 16. maddelerinin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.

Kanun’un;

- 14. maddesinin üçüncü fıkrasında, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibinin, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebileceği,

- 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafalı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise hakiki sahibinin, hakkının tespitini mahkemeden isteyebileceği,

- 16. maddesinin üçüncü fıkrasında ise eser sahibinin, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebileceği,

düzenlenmektedir.

5846 sayılı Kanun’un 19. maddesinin ikinci fıkrasında işaret edilen yetkiler, eser sahibinin eser üzerindeki haklarını koruyucu nitelikte olup anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre yetkili olanların bu yetkilerini kullanmamaları durumunda, meşru bir menfaati bulunduğunu ispatlamak kaydıyla, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse bu yetkileri kullanabileceği gibi bunların da bulunmaması veya bu yetkilerini kullanmamaları hâlinde Kültür ve Turizm Bakanlığı 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir. Öte yandan, 19. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yetmiş yıllık sürenin sonunda, 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kullanma yetkisi bütünüyle Kültür ve Turizm Bakanlığına geçmektedir.

Sonuç olarak dava konusu kural uyarınca tesis edilecek kamuya maletme sonucunda, işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve Kanun’da sayılan diğer mali haklar ile manevi haklardan, eser sahibinin ölümüyle 5846 sayılı Kanun’un 19. maddesinde sayılan kişilere geçebilen, eser sahibinin eserinin kamuya sunulması, yayımlanma zamanının ve tarzının tayin edilmesi, eserin eser sahibinin adı veya müstear adıyla veya adsız olarak umuma arz edilmesi veya yayımlanması yetkilerinin ve 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü

fıkralarında düzenlenen koruyucu yetkilerin, Bakanlar Kurulunca tayin edilecek kuruma geçeceği söylenmesi mümkündür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Anayasa'nın 13. ve 35. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, memleket kültürü için önemi haiz eserlerin eser sahibinin ölümünden sonraki yetmiş yıllık koruma süresi içinde, “*yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması*” ve “*hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağına tespit edilmesi*” şartları birlikte gerçekleşmeden kamuya mal edilmesinin, eser sahibinin mirasçılarının manevi ve mali haklarına kanunla el konulması anlamına geldiği, piyasada bulunan ve yokluğundan söz edilemeyen eserlerin mali haklarının yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen “*münasip bir bedel*” karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilmesinde kamu yararından söz edilemeyeceği gibi bunun, hak sahiplerinin eser üzerindeki mülkiyet hakkını, özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi olmayan hakları da içermektedir.

Dava konusu kuralla, memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakların, eser sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edilmesine imkân tanınmaktadır. Eser sahipliğinden doğan mali hakların eser sahibinin mirasçıları yönünden ekonomik bir değer ifade ettiği açıktır. Mirasçılar yönünden ekonomik değer ifade eden eser sahipliğine bağlı mali hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Manevi haklar, kişilik hakları kapsamında ve onların özel bir türü olarak değerlendirilmekte iseler de eser sahibine tanınan manevi hakların, manevi menfaatlerin yanında mali menfaatleri de koruduğu bir gerçektir. Esasen mali haklar ile manevi hakların kesin çizgilerle birbirinden ayrılması da mümkün değildir. Bu itibarla eser sahibinin manevi haklarına ilişkin düzenlemelerin de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile manevi haklarının kullanım yetkilerinin kamuya mal edilmesinin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür.

Kamu yararı mülkiyet hakkı yönünden bir sınırlama nedeni olmanın yanında, anayasa hukukunda kanun koyucuyu sınırlayan ve kanun yapımında göz önünde bulundurulması gereken bir ölçüttür. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel ve özel çıkarlardan ayrı, bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kamuya mal edilmesi, memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin kamuya ve dolayısıyla toplumun yararlanmasına sunulmasında devamlılığın sağlanması amacına dayanmaktadır. Memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelere

kamuya mal edilmek suretiyle kamusal erişiminin devamlı kılınmasında kamu yararına aykırı bir yön bulunmadığından dava konusu kuralla fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayanmadığı söylenemez.

Ancak mülkiyet hakkına sınırlama getirilebilmesi için meşru bir amaca dayanılması yeterli olmayıp Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen diğer güvencelere de uyulması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için gerekli ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir denge bulunması gereğini ifade eder.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmemesi gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere fikir ve sanat eserinin kamuya mal edilmesi kurumuyla amaçlanan husus, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığı sağlamaktır. Dava konusu kural, kamuya sunumunda herhangi bir sorun yaşanmayan eserler üzerindeki hakların da, söz konusu eserlerin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi durumunda Bakanlar Kurulunca kamuya mal edilebilmesine imkân tanımaktadır. Mirasçının tasarruflarıyla kamusal erişimi sağlanabilen eserler üzerindeki hakların Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilebilmesi ve bu suretle malikin mülkiyetinden yoksun bırakılabilmesi, değinilen amaca ulaşılması bakımından gerekli bir araç niteliği taşımamaktadır. Öte yandan, Bakanlar Kuruluna tanınan kamuya mal etme yetkisi, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerle sınırlandırılmış ise de "*memleket kültürü için önem taşıma*" kriterinin sübjektif yönünün ağır bastığı gözetildiğinde, kuralın, öngörülen amacın dışına çıkılacak şekilde yetki kullanımına zemin hazırladığı ve bu haliyle amaca ulaşmaya elverişli bir araç temin etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, mülkiyetlerinden yoksun bırakılan hak sahiplerinin "...*münasip bir bedel talep etme hakları*..." saklı tutulmak suretiyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmış ise de kamuya mal edilen hakların ekonomik değerinin doğrudan hak sahibine ödenmek yerine talep hakkı tanınmakla yetinilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkı güvenceleriyle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, dava konusu kuralla fikri mülkiyete getirilen sınırlamanın ölçülü bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

b- Anayasa'nın 26. ve 27. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, düşünce özgürlüğünün, sadece düşünce ve kanaat sahibi olmayı değil, bunları özgürce açıklama, yayma ve bunlara ulaşma hakkını da kapsadığı, hak sahipleri ile yayımcılar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde farklı yayınevlerince basılarak piyasaya sunulan, ilgilenenleri tarafından herhangi bir engelle karşılaşmadan ulaşılabılır olan eserlerin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olmasının, düşünce ve kanaatleri açıklama, yayma, düşünce ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüyle bağdaşmadığı belirtilerek dava konunu kuralın, Anayasa'nın 26. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 27. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*” denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23.1.2014, § 40).

Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da korunmuştur. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar “*söz, yazı, resim veya başka yollar*” olarak ifade edilmiş ve “*başka yollar*” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

Anayasa'nın 27. maddesinin birinci fıkrasında, “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.*” denilmek suretiyle bilim ve sanat özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Bilim ve sanat özgürlüğü, her türlü bilim ve sanat eserinin oluşumu, tanıtımı, yayılması ve kamuya sunulmasına yönelik faaliyetlerin, devlet veya devlet dışındaki üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın serbestçe yürütülebilmesini ifade etmektedir. 5846 sayılı Kanun'da sayılan ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri ile işleme ve derleme eserlerin birer bilim ve sanat eseri olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda, Bakanlar Kuruluna, memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakları, eser sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edebileme yetkisi tanınmaktadır. Sahibinin fikri çabasının ürünü olan fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması ve yayılmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Öte yandan, eser sahibinin ölümüyle birlikte Kanun'un öngördüğü ölçüde eser üzerindeki haklar mirasçılara geçeceğinden mirasçılarının da eserin kamuya sunulması ve yayılmasına ilişkin tasarruflarının ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmesi gerekmektedir. Fikir ve sanat eserinin, sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edilmesi, mirasçılarının, eserin kamuya sunulması ve yayınlanmasının biçim ve araçlarını belirleme serbestisini sınırlayacağından dava konusu kuralla ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu söylenebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, dava konusu kuralla amaçlanan husus, memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelerce

kamuya sunulmasına imkân sağlamaktır. Memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığın sağlanması amacıyla kamuya mal edilebilmesinin öngörülmesinde anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için meşru amacın varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Demokratik toplum, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temeline dayanmaktadır. İfade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü, demokratik toplumun vazgeçilmez öğelerini teşkil etmektedir. Demokratik bir toplumda bu özgürlüklere müdahale edilebilmesi, ancak zorlayıcı nedenlerin varlığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bu özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olduğundan söz edilebilmesi için zorunlu bir nitelik taşıması gerekmektedir.

Fikri haklar, mülkiyet hakkı kapsamında görülse de aynı zamanda demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurunu teşkil eden ifade hürriyetiyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle, fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken, salt ekonomik bir değer ifade eden mülkiyete konu diğer varlıklardan farklı olarak, öngörülen tedbirin ifade hürriyetine yönelik olacağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla fikri haklara yapılacak müdahalenin demokratik toplum bakımından gerekliliğinin farklı bir yaklaşımla ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Fikri çabanın ürünü olan fikir ve sanat eserinin kamuya sunulmuş biçim ve araçları ile ölçüsünün belirlenmesinin eser sahibinin ölümünden sonra öncelikle mirasçılarının tasarrufunda bulunması, ifade hürriyetine mündemiç olan düşünce ve kanaatleri yaya hakkının bir gereğidir. Kamu otoritelerinin, eser sahibinin mirasçılarının bu hakkına müdahalesi ancak zorlayıcı nedenlerin varlığı koşuluyla haklı bir temele dayanabilir. Bir zorunluluktan söz edilebilmesi için, hukuki veya fiili birtakım sebeplerle eserin kamuya sunumunda ve kamusal erişiminin sağlanmasında ciddi sorunlarla karşılaşmış olması gerekir. Bu haliyle kuralın, halen piyasada var olan ve kamuya sunumunda herhangi bir sorunla karşılaşmayan eserlerin de kamuya mal edilmesine imkân sağladığı anlaşılmaktadır. Kamu otoritelerinin imkân ve katkıları olmaksızın da kamusal erişimi sağlanabilen eserlerin kamuya mal edilmesinin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenemez. Dolayısıyla, sahibi vefat eden her eserin memleket kültürü bakımından önemli görülerek kamuya mal edilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınması, bilim ve sanat özgürlüğü ile ifade özgürlüğüne, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan bir müdahale teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 26. ve 27. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 88. Maddesiyle 6200 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 6. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere..." ve "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." İbarelerinin İncelenmesi

1- "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılacağı..." İbaresini

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda, hangi yapıların denetiminin DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden müşavirlik hizmeti satın alınmak suretiyle yerine getirileceği hususunda belirsizlik söz konusu olduğu, ayrıca, asli ve sürekli görevler kapsamında bulunan su yapılarının denetimi görevinin kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, DSİ'ye verilen su yapılarının denetimi görevinin DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınmak suretiyle yaptırılmasına imkân sağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Dava konusu kuralı içeren ek 6. madde bir bütün olarak dikkate alındığında, dava konusu kuralla, DSİ'nin yetkilendireceği denetim şirketlerinden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle denetletirebileceği yapıların, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımlarını, gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapıları ile sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda, belirsizliğe yol açan herhangi bir yön bulunmadığından hukuk devletine aykırılık söz konusu değildir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvuru diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim

faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.

Dava konusu kuralla, DSİ'nin su yapılarının denetimi görevini, yetkilendireceği Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları sonucunda gerekli yatırım ve işlemlerin DSİ tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki ve idari tedbirleri uygulama yetkisi idarede kalmaya devam ettiği için, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

2- "...denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ..." İbaresini

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda, DSİ tarafından doğrudan yerine getirilen denetim hizmetlerinin masraflarının ilgililerden tahsil edilip edilmeyeceği hususunda belirsizlik bulunduğu; kuralın, sadece denetimi özel şirketlere yaptırılanlar için ilgililerden denetim masrafı alınmasını öngördüğü biçiminde anlaşılması durumunda eşitlik ilkesiyle, denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerden denetim masrafı alınmasını öngördüğü şeklinde anlaşılması hâlinde ise kamu hizmetlerinin bedelsizliği ve vergilendirmeye ilişkin anayasal ilkelerle çelişeceği belirtilerek Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, DSİ'ye verilen, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımlarını, gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapıları ile sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarını denetleme görevinin ifası karşılığında, denetim masraflarının ilgililerden (denetlenenlerden) alınması öngörülmektedir. Buna göre, denetim hizmetinin gerek DSİ tarafından Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle yerine getirilmesi halinde gerekse doğrudan doğruya DSİ tarafından kendi personeli eliyle ifa edilmesi durumunda denetim masrafları denetlenen kişilerce ödenecektir.

Ek 6. maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde, denetim masraflarının, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödeneceği belirtilmiştir. Maddenin sekizinci fıkrasında ise denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usullerin, DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların finansmanı kural olarak Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında kalan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden karşılanmakla birlikte kamu hizmetlerinin finansman kaynakları bunlardan ibaret değildir. Devletin vergiler dışında, para cezaları, zorunlu ve ihtiyari borçlanmalar, kamu iktisadi teşebbüsleri kârları, mülk gelirleri ve bağışlar gibi gelirleri de bulunmakta olup bunlar da kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılmaktadır. Devletin kamu hizmetlerinin finansmanında bu gelirlerden hangisine ne ölçüde ağırlık vereceği, hangi gelirlerin hangi

kamu hizmetine tahsis edileceği hususu bir maliye politikası sorunu olup kanun koyucunun takdirindedir. Her türlü kamu hizmetinin finansmanının Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden karşılanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından DSİ tarafından yürütülen denetim hizmetlerinin vergi dışı gelirlere karşılanmasının öngörülmesi yasama organının takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.

Bölünebilen kamu hizmetleri karşılığında alınan bedel, Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında kalan katılım payı veya fiyat (ücret) olmak üzere iki farklı şekilde nitelenmektedir. Kamu hizmetleri karşılığında alınan bir bedelin katılım payı veya ücret olarak nitelenmesinin önemi, bedelin belirlenmesinde Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan vergilendirme ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Dava dilekçesinde, sözü edilen bedelin idarece belirlenmesinin vergilendirmeye ilişkin anayasal ilkelerle çeliştiği ileri sürülmüş ise de dava konusu ibare, denetlenen kişilerden masraf adı altında bedel alınmasını kurala bağlamakta olup bu bedelin (masrafın) nasıl belirleneceği hususu ek 6. maddenin sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, DSİ'ye verilen denetim görevinin ifası karşılığında alınacak bedelin (masrafların) yürütme organınca belirlenmesi, dava konusu kuralla değil, ek 6. maddenin sekizinci fıkrasıyla öngörülmüştür. Dolayısıyla bedelin belirlenmesi usulünün Anayasa'ya uygun düşüp düşmediği hususu ancak ek 6. maddenin sekizinci fıkrasının iptali istemine ilişkin bir başvuruda tartışma konusu yapılabilir.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 94. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 182. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

1136 sayılı Kanun'un 182. maddesinde, bu Kanun'da düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılan hususlar ile Kanun'un uygulanabilmesi için yönetmelikte yer alması gereken diğer konuları kapsayan yönetmeliklerin çıkarılması, onaylanması ve yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun'un 182. maddesine eklenen dava konusu ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına

kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemediği kurala bağlanmıştır.

Avukatlık mesleğine kabul koşullarını düzenleyen 1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasında, 4667 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen (d) bendiyle, "Avukatlık sınavını başarmış olmak" da avukatlığa giriş için gereken şartlardan biri hâline getirilmiş, ancak henüz herhangi bir sınav yapılmadan, 5558 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, anılan (d) bendi yürürlükten kaldırılarak avukatlığa giriş için sınav koşuluna son verilmiştir.

5558 sayılı Kanun'un 1. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 tarihli ve E.2007/16 K.2009/147 sayılı kararıyla anılan hükmü, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görerek iptal etmiş ise de kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılmadığından avukatlık mesleğine girişte sınav şartı öngören herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir.

TBB tarafından hazırlanan ve 17.6.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"le avukatlığa girişte sınav şartı getirilmesi üzerine, Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun'un 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemlerle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemediği kurala bağlanmak suretiyle TBB'nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği kanun hükmü hâline getirilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarihli ve E.2007/16, K.2009/147 sayılı kararında, avukatlık mesleğine girişte sınav şartı aranmasının hukuk devleti ve adil yargılama hakkının bir gereği olduğu vurgulanarak sınav şartını kaldıran hükmün iptal edildiği, avukatlığa girişte sınav şartı getirilemeyeceğini düzenleyen kuralın Anayasa Mahkemesi kararında açıklanan gerekçeyle çeliştiği, kuralla Anayasa Mahkemesinin bağlayıcılık taşıyan kararının yasama organı eliyle etkisiz veya sonuçsuz kılınmasının amaçlandığı, öte yandan kuralın, Anayasa Mahkemesinin anılan kararında açık ve net bir şekilde ortaya konan gerekçelerle hukuk devleti ilkesi ile hak arama özgürlüğünü zedelediği belirtilerek, Anayasa'nın 2., 36. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemlerle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemediği kurala bağlanmıştır. Bu suretle TBB'nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur.

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

Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Çalışma özgürlüğü, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korur. Çalışma özgürlüğü ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar, iktisadi-ticari faaliyet yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içerir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu; ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda da sınırlandırılabilirliği mümkündür. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca çalışma hakkına yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir.

Dava konusu kuralla avukatlık mesleğine girişte yeni bir şart getirilmemiş, idari düzenleyici işlemle sınav şartı getirilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme ve sınırlamalar ancak kanunla yapılabileceğinden 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca bir serbest meslek olan avukatlığa giriş koşullarının da kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğine giriş koşullarının belirlenmesi hususunda asli yetki yasama organına ait olup yasama organına genel çerçevesi kanunla belirlendikten sonra bu konuda idari düzenleyici işlemler yapılabilir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

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

Kuralın Anayasa'nın 36. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 99. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında kamu yararının bulunduğu, ancak mülkiyet hakkının bu yolla sınırlandırılmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerektiği, taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin kamulaştırmaya ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmadığı gibi mülkiyet hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi,

yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 99. maddesiyle anılan maddeye eklenen ikinci fıkranın birinci cümlesinde, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği belirtildikten sonra, ikinci cümlesinde, taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı kurala bağlanmıştır. Dava konusu üçüncü cümlede ise taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği ifade edilmiştir. Buna mukabil fıkranın son cümlesinde, yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli de alınmayacağı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, taşınmazın altını ve üstünü de kapsamaktadır. Bu itibarla, taşınmaz maliki, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini taşınmazın üzerinde ve altında da kullanabilir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, taşınmazın üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmasında kamu yararı bulunduğu hususunda tereddüt bulunmadığından bu tür yatırımların yapılması amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu amaçla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

Taşınmaz üzerinde irtifak tesis edilmesi gibi taşınmazın değerini azaltan her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz üzerinde kamu irtifakı kurulması yoluyla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçsüz kılacaktır.

Dava konusu kuralla, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin öngörülmesi, malikin bu yatırımlar dolayısıyla doğabilecek ekonomik kayıplarının karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaması öngörülmek suretiyle malikin çıkarları ile kamu çıkarları arasında bir dengeleme yapılmaya çalışılmış ise de sözü edilen yatırımlar sebebiyle taşınmazda meydana gelebilecek değer artışlarının her zaman için malikin tüm ekonomik kayıplarını telafi edemeyebileceği açıktır. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri gibi ilgili bölgede yaşayan kişiler bakımından büyük yararlar sağlayan yatırımların külfetinin bir kısım taşınmaz maliklerine yüklenmesi

adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmaz. Dolayısıyla anılan yatırımlar sonucu taşınmazların değerinde oluşan azalma nedeniyle, taşınmazda meydana gelen değer artışları da dikkate alınmak suretiyle taşınmaz maliklerine uygun bir tazminatın ödenmesi mülkiyet hakkının gereğidir. Malikin tazminat imkânından mahrum bırakılması, kamu yararı ile bireysel yarar arasında kurulması gereken adil dengenin malik aleyhine ölçüsüz bir şekilde bozulmasına yol açabilir.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 46. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendiyle 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağını ve dava açılmayacağını kurala bağlayan düzenlemenin, maliklerinin anayasal güvence altındaki mülkiyet haklarını ölçüsüzce sınırladığı, hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde malikin geri alma hakkı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçıların kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilecekleri belirtilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkının düşmesi öngörülmüştür.

Kanun'un 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçıların idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı haklarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, anayasalık denetiminde ekonomik değer ifade eden malvarlıklarına ilişkin olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında inceleme yapılabilmesi için ilgili mülkün halihazırda kişilerin mülkiyetinde bulunması gerekmektedir. Kişilerin hukuken malik bulunmadıkları malvarlığı değerlerine yönelik mülk edinme beklentileri, kural olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında koruma görmemektedir. Dava konusu kuraldaki düzenlemeye konu olan taşınmazlar, daha önce kamulaştırılmak suretiyle idarenin mülkiyetine geçmiş bulunan taşınmazlardır. Bu taşınmazlar ile eski malikleri arasındaki mülkiyet ilişkisi kamulaştırmayla sona ermiş ise de malikin geri alma hakkı önceki mülkiyetine bağlı bir hak olarak görülmektedir. Dolayısıyla kamulaştırılan taşınmazın kamu hizmetlerine tahsis edilmemesi sebebiyle iadesinin de Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma, idarelerin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, söz konusu taşınmazı kamu hizmetine tahsis etmek amacıyla tek taraflı bir iradeyle el koymasudur. Kamulaştırmanın amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Anayasa, ancak kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilmek şartıyla özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaza tek taraflı bir işlemle el konulmasını meşru görmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma sonucu idarelerin mülkiyetine geçen taşınmazların kamu yararı amacına uygun bir hizmete tahsis edilmemesi durumunda malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasının hukuki meşruiyeti ortadan kalkmaktadır. Aksi takdirde kamu yararı amacı, taşınmazın kamulaştırılabilmesi için oluşturulması gereken bir gerekçeden öte hiçbir anlam taşımaz. Bu bağlamda, Anayasa'nın, başlangıçta kamu yararı amacının varlığını yeterli gördüğü ve bir şekilde kamulaştırılan bir taşınmazın idarece istenildiği biçimde kullanılabilmesine izin verdiği düşünülemez. Kamulaştırılan arazinin kamu yararına dönük bir amaca tahsisinin mümkün olamayacağını anlaşılması durumunda malike iadesi zemininin yaratılması, mülkiyet hakkının bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.9.1993 tarihli ve E.1993/8, K.1993/31 sayılı kararı da bu yöndedir.

Kanun koyucu, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle, kamulaştırılan taşınmazın, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması durumunda mal sahibi veya mirasçılara, taşınmazı, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödemek suretiyle geri alma hakkı tanıyarak malikin mülkiyet hakkını korumuştur. Buna mukabil, iade hakkının kullanımı, geri alma hakkının doğduğu tarihten, yani kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır.

Mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Malikin mülkiyet hakkının bir gereği olduğu saptanan iade hakkının süresiz olmasının, idareleri süresiz olarak iade ve dava tehdidi altında bırakacağı açıktır. Bu nedenle idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek ve ayrıca hakkın kötüye kullanılması girişimlerinin önünü kapatmak amacıyla iade isteminin belli bir süreyle sınırlandırılması mümkündür.

Ancak bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir. Belirlenen sürenin, iade hakkından yararlanmayı imkânsız kılacak veya aşırı zorlaştıracak derecede kısa olması durumunda sınırlamanın ölçülü olduğundan söz edilemez. Öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, iade hakkının doğduğu, yani kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bir yıllık hak düşürücü sürenin, bireyler açısından yeterli düşünme ve hazırlanma imkânı sağladığı ve ölçüsüz olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'ya uygun olduğu saptanan bir yıllık hak düşürücü sürenin varlığına rağmen uygulamada bu sürenin geçmesinden sonra dahi AİHM'in *Motais de Narbonne/Fransa* (K.T. 2.7.2002, B.N. 48161/99) kararına dayanılarak tazminat davalarının açılması ve bu davalarda idareler aleyhine tazminata hükmedilmesi üzerine dava konusu kuralla, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı açıkça kurala bağlanmıştır.

AİHM'in *Motais de Narbonne/Fransa* kararında, Fransız Yargıtayının, Türk hukukuna benzer bir şekilde düzenlenen ve idarenin taşınmazı kamu yarına yönelik bir amaca tahsis etmesi için tanınan beş yıllık sürenin "*sosyal konut için arazi rezervi oluşturulması*" amacıyla kamulaştırılan taşınmazlar yönünden geçerli olmadığı yolundaki içtihadının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığı belirtilmiştir. AİHM, bu içtihadında, kamulaştırmanın devletler tarafından arazi rezerv tekniği olarak kullanılmasına imkân verdiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. AİHM'in kararında, herhangi bir hak düşürücü süre öngörülemediği veya bir yıllık hak düşürücü sürenin ölçsüz olduğu biçiminde bir değerlendirme bulunmamaktadır. Türk hukukunda, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenen beş yıllık sürenin herhangi bir istisnası bulunmayıp bu sürenin sonunda malikin başvurması hâlinde kamulaştırma amacına bakılmaksızın taşınmazın kendisine iade edilmesi gerekmektedir.

Bir yıllık hak düşürücü süre nedeniyle maliklerin veya mirasçılarının birinci yılın bitiminden itibaren dava açma hakları ortadan kalkmaktadır. Dava konusu kural, bu hukuki durumu teyit etmekten öte hiçbir anlam taşımamaktadır. İade hakkının kullanılabilmesi için bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmesi Anayasa'ya uygun görüldüğüne göre, bunun doğal bir sonucu olarak herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağını öngören dava konusu düzenleme de aynı gerekçelerle mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan 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. Yukarıda ifade edildiği üzere, idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek amacıyla iade istemini belli bir süreyle sınırlaması kanun koyucunun takdirindedir. Öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, bireyler açısından dava açmak için yeterli düşünme ve hazırlanma imkânı sağladığından dava konusu kuralla getirilen sürenin hak arama hürriyetine ölçsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 90. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

N- Kanun'un 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. madde hükmünün, 6552 sayılı Kanun'la değiştirilen veya eklenen 2942 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı belirtilmiş, bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderlerinin de davalı idare tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Maddeyle, 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan bazı değişikliklerin, maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir.

Kanun'un 23. maddesi mal sahibinin geri alma hakkını düzenlemekte olup üçüncü fıkrası bir önceki başlıkta incelenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılması durumunda, mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmazı geri alabilme hakkı tanınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Sözü edilen üçüncü fıkraya göre ise kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Kanun'un 22. maddesi ise vazgeçme, iade ve devir hakkını düzenlemektedir. Anılan maddenin önceki halinde, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyetin idarece mal sahibi veya mirasçılarının 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulacağı belirtilmiş ve bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçılarının, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilme hakkı tanınmıştır. Kamulaştırmayı yapan idarece kamulaştırma amacına uygun tesisat, yapı veya donatı yapıldıktan ve en az 5 yıl kullanıldıktan sonra bu ihtiyacın ortadan kalkması nedeniyle kamulaştırma amacında kullanılmayan taşınmazların önceki mal sahibi veya mirasçılarının iade edilmeyeceği belirtilmiş ve bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçılarının tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ifade edilmiştir.

Kanun'un 100. maddesiyle, sözü edilen 22. maddede yapılan değişiklikle, taşınmaz üzerinde kamu yararına uygun işlem veya tesisat yapılması halinde iade koşullarını düzenleyen cümleler bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla kamu yararına

yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının ortadan kalkması durumunda malike iade edilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, Kanunla yapılan değişiklikten önce 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacak tebligat üzerine mal sahibi veya mirasçılarının, aldıkları kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilecekleri düzenlenmekte ve herhangi bir faiz ödenmesi öngörülmemektedir. Değişen birinci fıkrayla mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödemeleri hüküm altına alınmış, ancak bu kurala da bir istisna getirilerek iade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizinin alınmayacağı belirtilmiştir.

Ayrıca maddeye yeni eklenen ikinci fıkraya göre, bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma hakları da düşmekte, üçüncü fıkrayla ise bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağı düzenlenerek idarenin vazgeçmesi de tıpkı iade hakkında olduğu gibi beş yıl ile sınırlanmaktadır.

Dava konusu kuralla, 2942 sayılı Kanun'un;

- 23. maddesinin, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaklarını ve dava açamayacaklarını öngören üçüncü fıkrası hükmünün,

- 22. maddesinin, kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının ortadan kalkması durumunda malike iade edilmesi imkanını ortadan kaldıran ve mal sahibi veya mirasçılarının faiz ödemesini öngören birinci fıkrası hükmünün,

- 22. maddesinin, bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma haklarının da düşeceğini belirten ikinci fıkrası hükmünün,

- 22. maddenin, bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağını düzenleyen üçüncü fıkrası hükmünün,

maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir. Ayrıca bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderlerinin de davalı idare tarafından ödenmesi öngörülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişikliklerin geçmişe yönelik olarak uygulanmasına imkân tanındığı, bu durumun hukuki güvenlik ilkesini ve hak arama özgürlüğünü zedelediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önköşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu 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. "*Kanunların geriye yürütmezliği*" olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

Hukuk güvenliği ilkesi, aynı zamanda eski kanun döneminde oluşmuş ve tamamlanmış hukuki durumların korunmasını gerektirmektedir. Kanunların geçmişe yürütülme yasağıyla, geçmiş dönemde yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak oluşmuş kazanılmış hakların korunması sağlanmaktadır. Bununla beraber, geçmişe yürüme yasağı mutlak bir kural değildir. Geçmişe yürüme yasağının amacı, kişilerin hukuka olan güvenini korumak olduğuna göre, kişilere yükümlülük yüklemeyen aksine, kişiler lehine elverişli durumlar doğuran ve kişilere menfaat sağlayan düzenlemelerin geçmişe yürütülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaklarını ve dava açamayacaklarını öngören üçüncü fıkrası hükmü, mevcut hukuki durumu teyit etmekle sınırlı bir etkiye sahip olup hukuk dünyasına bir yenilik getirmemektedir. Dolayısıyla 23. maddenin üçüncü fıkrasının mevcut davalara da uygulanması, malikin durumunu eskiye nazaran ağırlaştırmayacağından kuralın bu bölümünde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Buna karşılık, kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının sona ermesi durumunda da malike iade edilebilmesi imkânının ortadan kaldırılmasının, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşenler haricindeki iade işlemleri için mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedeline ek olarak kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizini de ödemeleri mecburiyeti getirilmesinin, idarenin 7201 sayılı Kanun'a göre yapılan tebligat üzerine taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma haklarının da düşeceğinin öngörülmesinin, bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağına düzenlenmesinin, mal sahibi veya mirasçılarının hukuki durumlarını ağırlaştıracağı açıktır. Mal sahibi veya mirasçılarının daha önce yararlanabildiği birtakım imkânları sona erdiren veya bunlara daha önce var olmayan bazı yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin, yürürlüğe girme tarihinden önceki olay ve durumlara da uygulanacağına düzenlenmesi, kişilerin işlemin yapıldığı tarihte var olmayan, dolayısıyla öngörmeleri mümkün bulunmayan kurallara tabi kılınmaları sonucunu doğurmakta, böylece kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hukuki güvenliklerini ihlal etmektedir.

Hukuk güvenliği, kişilerin hangi somut eylem ve işleme hangi sonuçların bağlandığını bilebilecekleri ve buna göre davranışlarını ayarlayabilecekleri bir hukuk düzeninin kurulmasını zorunlu kılarken dava konusu kural, işlemin yapıldığı tarihte işlemin tabi olduğu hukuki sonucu işlem tarihinden sonra değiştirerek kişilerin davranışlarını kurala

göre ayarlayabilme imkânını ortadan kaldırmakta ve mülkiyet haklarına yönelik hukuki güvenliklerini zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinde yer alan "...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrâ hükümleri ile..." ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin kalan bölümü ise Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN, Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin kalan bölümü yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 36. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 112. Maddesiyle 4342 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (1) Bendinin İncelenmesi

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 (1) 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 çayırarla 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 engellenmesine 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.

5373 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle belediyelere tanınan, 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 amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilme yetkisinin, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının Devlete yüklediği yerine getirme ediminin bir gereği olduğu açıktır. Kuralla, kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinin uygulanabilmesi için ihtiyaç duyulan arazilerin temin edilmesi hedeflenmiştir.

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 yapıp 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 kırsakların 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.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparlan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

Ö- Kanun'un 117. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, aile hekimleri ve aile sağlığı personelinin normal haftalık ve günlük çalışma sürelerinin üzerinde üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırılmasına olanak sağlanmasının dinlenme hakkını ihlal ettiği, yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının zedelendiği, bir kamu hizmeti olan aile sağlığı hizmetlerini icra eden aile hekimleri ile aile sağlığı personelinin fazla çalışmasına ilişkin uygulamaları belirleme yetkisinin idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, aile hekimlerinin mesleki yetkinlik ve görev alanları dışında görevlendirilmelerinin çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarını engellediği, ayrıca normal mesai saatleri dışında acil sağlık hizmetleri ya da normal mesai saatleri içinde kendi aile hekimleri tarafından verilmesi gereken sağlık hizmetini görevlendirilecek aile hekiminden almaya yönlendirilecek hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma haklarının da ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 49., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 117. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlede, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebileceği belirtilmiştir.

5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, aile hekimliğinin, acil hâller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Sağlık Bakanlığınca belirlenen kıstaslar çerçevesinde ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ise aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek 33. maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında (olağan çalışma sürelerine ek olarak) ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verileceği öngörülmektedir.

657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesi kapsamında zaman kurum ve kuruluşlar, yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetleri biçiminde sayılmış iken, 6552 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle, bu kurumlara aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezleri de dâhil edilmiş, dava konusu kurulla da 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini ifa edeceği yerler arasında aile sağlığı merkezleri de eklenmiştir.

Kanun'un gerekçesinden, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personelinin aile sağlığı merkezlerinde de nöbet tutmalarını öngören dava konusu kurulla, çalışma saatleri dışında acil başvuran hastalara hizmet verilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesini sağlık hizmetleri alanında somutlaştıran ve Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" bölümünde yer alan 56. maddesinde, herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacağı, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir. Kişilerin hayatlarını mutlu, huzurlu, beden ve ruh sağlığına sahip olarak sürdürebilmeleri, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım ihtiyacı duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleri ile sağlanabilecektir.

Devlet, Anayasa'nın 17. maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarından biridir. Tüm bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete ödev olarak verilmiştir. Belirtilen kurullar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğu görülmektedir.

Aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına normal çalışma saatleri dışında nöbet görevi verilmesi, Anayasa Mahkemesinin 3.10.2013 tarihli ve E.2012/103, K.2013/105 sayılı kararında incelenmiş ve Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. Anılan karara konu 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasına, 6354 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklenen cümleyle, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâlinde, haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde belirtilen yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde aynı madde uyarınca ödenecek ücret karşılığında nöbet görevi verilmesi öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle kuralı Anayasa'ya uygun bulmuştur:

"Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük vermiş, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmuştur. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğu açıktır. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin ve ona yardımcı olan sağlık personelinin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile belirtilen yönden farklılıklarının

gözetilmesi gerekir. Bu farklılıkların bir sonucu da hizmetin sunumu yöntemlerindedir. Nitekim sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Bu durum Devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu doğurmaktadır.

Devletin gerçekleştirebileceği tedbirlerin başında sağlık sektöründe kullanılan kaynakların ekonomik ve dengeli dağılımı gelmektedir. Ne yazık ki ülkemizde doktor ve yetişmiş sağlık elemanı sayısı sınırlıdır. Sınırlı sayıda personel sağlık hizmetinin sunumunda o kadar dengeli dağıtılmalıdır ki her bireyin faydalanabileceği azami düzeyde hizmetlerden yararlanabilmelidir. Aksi durumda dağılım adaletsiz olacak, personelin bir bölümü çok çalışırken diğer daha az çalışacak aynı zamanda vatandaşların bir bölümü hizmetlerden yeterli oranda faydalanamayacaktır. Hekim ve yetişmiş personel sayısının azlığı kanun koyucuyu nöbet uygulaması gibi çeşitli tedbirler almaya zorlamaktadır. Sağlık hizmetlerinin dengeli bir şekilde dağıtımı için nöbet uygulaması getirilmiştir. Kuralın gerekçesinde de sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve yetersiz olan hekim kaynağının en verimli bir şekilde kullanılabilmesi için nöbet uygulamasının getirildiği açıkça belirtilmektedir.

Dava konusu kuralın belirtilen açığı kapatmak üzere düzenlenmesi nedeniyle kamu yararını amaçladığından kuşku yoktur. Bu amaçla çeşitli ölçütlerle sınırlanan nöbet uygulaması getirilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü gereği almak zorunda olduğu tedbirlerden biridir. Aksi durumda özellikle acil tıp hizmetleri sunulamayacak dolayısıyla yükümlülükler yerine getirilememiş olacaktır. Sağlık sektörünün ivedi ve telafisi olanaksız hizmetleri karşıladığından aksamaması ile yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, sağlıklı ve huzurlu yaşam sürebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev, kişiler için bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının ya da bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerini ihlal etmeyeceği açıktır.

Öte yandan Anayasa'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı ve dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmiştir. Devletin, bazı zorunlu hâllerde sağlık hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici olarak görevlendirilmesi, nöbet tutturulması bunun için ayrıca ücret ödediği düşünüldüğünde zorla çalıştırma olarak değerlendirilemez. Kural, çalışma ve dinlenme hakkına engel olmadığından Anayasa'nın 50. maddesini de ihlal etmemektedir."

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunmayan ikinci cümlesi, 6514 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle değiştirilmiş ve yürürlükte bulunan hâlini almıştır. Değişiklikle, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına nöbet görevi verilebilmesi için gerekli olan, ihtiyaç ve zaruret hâsil olması şartı kaldırılmış, ayrıca ayda sekiz saat nöbet görevi zorunlu hâle getirilmiş ve ihtiyaç hâlinde de nöbet görevinin bu sürenin üzerine çıkabileceği öngörülmüştür. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının, aile sağlığı merkezlerinde de nöbet ücreti mukabilinde, mesai saatleri dışında, haftalık olağan çalışma süreleri olan kırksekiz saate ek olarak ayda asgari sekiz saat, ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin de üzerinde nöbet tutmalarını öngören bu düzenleme de, Anayasa Mahkemesinin 7.11.2014 tarihli ve E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararıyla Anayasa'ya uygun bulunarak, anılan cümleye yönelik iptal istemi reddedilmiştir.

Dava konusu kuralda, aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevlerine ilişkin 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesiyle oluşturulan hukuksal düzende bir değişiklik yapılmamış, sadece bunların nöbet görevini ifa edecekleri yerler genişletilmiş ve yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerine ek olarak aile sağlığı merkezlerinde de nöbet görevini ifa edebilmeleri mümkün hâle getirilmiştir. Aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet tutmaları Anayasa'ya aykırı olmadığından, bu kişilerin aile sağlığı merkezlerinde nöbet tutmaları da aynı gerekçelerle Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamına giren kişilerin statülerine ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 21.2.2008 tarihli ve E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararında da belirtildiği üzere, aile hekimliği hizmetleri, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olup idari hizmet sözleşmesi ile aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılanlar da Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edilen "kamu görevlisi" kapsamındadırlar. Dolayısıyla bunların fazla çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin genel çerçevelerinin kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Dava konusu kuralda, yürütme organına bırakılan tek yetki aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edeceklerinin belirlenmesidir. Kural uyarınca aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edecekleri, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenecektir. Bunların nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edeceklerinin, güncel ihtiyaçlar ve iş yoğunluğu gibi hususlar dikkate alınarak idarece belirlenmesi yasama yetkisinin devri olarak görülemez.

Aile hekimlerinin ne kadar süreyle görev yapacakları hususu dava konusu kuralda değil, 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlendiğinden anılan husus, ancak o kuralın iptalinin istendiği bir davada tartışma konusu yapılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3.10.2013 tarihli ve E.2012/103, K.2013/105 sayılı kararında, anılan kuralı bu yönüyle de incelemiş ve herhangi bir Anayasa'ya aykırılık tespit etmemiştir.

Öte yandan aile hekimlerinin aile sağlığı merkezlerinde ifa edecekleri görevin kendi özel uzmanlık alanları olan aile hekimliği mesleği olduğu açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla, aile hekimlerinin, mesleki yetkinlik alanları dışındaki bir işte çalışmaya zorlandıkları söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 17., 49., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 50. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

P- Kanun'un 119. Maddesiyle 5345 Kanun'un 29. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde çalışan grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatındaki vergi dairesi başkanı kadrolarında görev yapanların daha düşük statüde bir görev olan Devlet gelir uzmanı kadrosuna atanabilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan nitelikte görev yapan kişilerin görev güvencelerinin sağlanamaması, kazanılmış haklarının ihlal edilmesi ve meşru beklentilerinin karşılanamamasına neden olduğu, bunun ise hukuki güvenlik ilkesine aykırı düştüğü, düzenlemenin amacının kamu yararı olmayıp siyasi iradenin ideolojisine ters düşenlerin daha alt statüdeki görevlere atanması olduğu, ayrıca kuralla anılan görevlerde görev yapanların tümünün değil bir kısmının atanacağına belirtilmesinin eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve idari işlemle yapılacak işlemin kanunla yapılarak kişilerin bu işlemlere karşı yargı mercilerine başvurmalarının önlenmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10, 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5345 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Devlet gelir uzmanları, vergi istihbarat uzmanları ve gelir uzmanlarının atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre, en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri ve mühendislik fakültelerinin lisans bölümleri ile matematik ve istatistik lisans bölümlerinden mezun olanlar Devlet gelir uzmanı olabilmektedirler. Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atabilmek için öncelikle kanunda sayılan bölümlerden mezun olan kişiler arasından yapılacak özel yarışma sınavını kazanarak Devlet gelir uzman yardımcılığı kadrosuna atanmak gerekmektedir. En az üç yıl çalışan ve olumlu sicil alan Devlet gelir uzman yardımcıları, yeterli sınavına tabi tutulmakta ve yapılacak yeterlik sınavında başarılı olanlar Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanmaktadır.

Kanun'un 119. maddesiyle, 5345 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen dava konusu fıkra ile, bu kurala bir istisna getirilmiş ve Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanabilmek için yeni bir kaynak oluşturulmuştur. Buna göre, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatında grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla (5345 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mezuniyet, yarışma sınavı, uzman yardımcılığında en az üç yıl görev yapma ve yeterlilik sınavı koşullarını yerine getirmese de) Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmeleri mümkün hâle getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri 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 olacak niteliğine dönüşmüş haktır.

Hukuk güvenliği ilkesi aynı zamanda 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.

Dava konusu kuralda, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatında grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet gelir uzmanı kadrosuna atanabilecekleri düzenlenmektedir. Grup başkanı, daire başkanı ve vergi dairesi başkanı kadrolarının Devlet gelir uzmanlığı, vergi istihbarat uzmanlığı, gelir uzmanlığı ve vergi müfettişliği gibi “*kariyer mesleklerden*” gelenler ile “*idari görevlerden*” yükselerek gelenler olmak üzere iki ayrı kaynağı bulunmaktadır. Kariyer meslek kaynağından gelen kişilerin kendi kadrolarına eşit veya daha düşük statüdeki Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanabilmeleri için kuralda belirtilen koşullara tabi tutulmaları düşünülemez. Dolayısıyla dava konusu kural, anılan koşullar aranmaksızın zaten Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip kariyer meslek kaynağından gelenleri değil sadece önceki görevi ve kadrosu itibarıyla Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip bulunmayan kişileri kapsamaktadır.

Grup başkanlığı, daire başkanlığı ve vergi dairesi başkanlığı kadroları idarecilik kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden bulundugu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumunun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Bu nedenle, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alarak bu kişilerin idarecilik görevlerine son verilmesi ve kariyer meslek kadrolarından gelenlerin kendi kadrolarına, kariyer mesleklerden gelmeyenlerin ise bazı koşulları taşımak kaydıyla geldiği kadrodan daha üst bir görev olan Devlet gelir uzmanı kadrolarına atanmaları mümkün olup bunu düzenleyen kuralın kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesindeki “*hukuk devleti*” ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken “*kamu yararı*” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin, anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı ve bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu görevlilerinin statüsünde, bunların unvanlarında, görev ve yetkilerinde değişiklik yapabileceği gibi bu statülere atanma koşullarını da yeniden düzenleyebilir. Dava konusu kuralın objektif metni dikkate alındığında, düzenlemeyle kariyer meslek kaynağından gelmeyen ve Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip olmayanlardan hizmetine ihtiyaç duyulanların kuralda belirtilen üst düzey görevleri belli bir süre ifa etmeleri şartıyla kariyer meslek olan Devlet gelir uzmanlığına atanabilmelerinin sağlanmak istendiği ve düzenlemenin bu amaçla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. Dava konusu kuralda anılan kadrolardaki kişilerin Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmesine imkân tanınmasıyla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Dava konusu kuralda Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında grup başkanlığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanlığı kadrolarında çalışanların tümünün değil kuralda belirtilen şartları taşıyanların Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmesine imkân tanınmaktadır. İdare hukukunun genel ilkeleri uyarınca idarenin bu yetkisini kullanırken kuralda belirtilen şartları taşıyanlar yönünden de kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı esasına göre ayırım yaparak atama yapmak zorunda olduğu aşîkârdır. Kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı amacıyla atama yapılabilmesi

için ise söz konusu kadrolarda çalışanların başarısı, liyakati gibi çeşitli ayırt edici kriterlerin kullanılması gerekir. Bu kriterleri taşıyan kişilerle taşımayanların aynı hukuki durumda bulunmadığında kuşku olmadığına göre dava konusu kural uyarınca bunlar arasında ayırım yapılarak bazılarının farklı kurallara tabi kılınmasında eşitlik ilkesini ihlal eden bir yön yoktur.

Kuralda, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında grup başkanlığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanlığı kadrolarında çalışanların Devlet gelir uzmanı olarak atanmış sayılmasına değil bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından atanabilmesine imkân tanınmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamakta olup kuralın uygulanabilmesi için idarenin idari işlem tesis etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca kural olarak tüm idari işlemlerde olduğu gibi anılan idari işlemler yönünden de kişilerin yargı mercilerine başvurusu olanaklı olduğundan kuralın hak arama özgürlüğünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 4.12.2014 tarihli ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararıyla 6495 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle, 178 sayılı KHK'nin 43. maddesine eklenen ve dava konusu kuralla benzer hükümler içeren fıkra, Anayasa'ya aykırı bulunmamış ve fıkranın iptali istemi reddedilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 70. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 121. Maddesiyle 5393 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "arsa" İbaresinin "taşınmaz" Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediyelere 5393 sayılı Kanunla verilen görevlerin yapılması amacıyla belediye kaynaklarıyla edinilen veya belediye kaynaklarıyla yaptırılan hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut gibi herkese/halka ait her türlü taşınmazın, özel hukuk kişilerine bedelsiz veya düşük bir bedelle devredilmesine imkân tanıyan düzenlemenin kamu mallarının özgülendiği kamu hizmetinden koparılması sonucunu doğurduğu ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca bu durumun kamu yararıyla da örtüşmediği gibi mahalli müşterek hizmetlerin yürütülmesini sekteye uğratacak nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinde, belediyenin yetkileri ve imtiyazları düzenlenmektedir. Maddenin beşinci fıkrasının dava konusu kuralı da içeren birinci cümlesinde, il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000'i geçen belediyelerin, meclis kararıyla, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla arsa tahsis edebileceği düzenlenmekte iken dava konusu kuralla, anılan birinci cümlede yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" biçiminde değiştirilmek suretiyle belediyelerin tahsis yetkisi genişletilmiştir.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinde arsa, "belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi" biçiminde tanımlanmıştır.

4721 sayılı Kanun'un 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. 4721 sayılı Kanun'un 704. maddesinde geçen arazi kavramı "belediye sınırları içinde parsellenmiş belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulama imar planı bulunan alanları" ifade eden arsa kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bu bağlamda taşınmaz kavramının arsa vasfını haiz olmayan arazileri de içerdigi açıktır.

Dava konusu kuralla yapılan değişiklikten önce belediyeler, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında sadece arsa vasfı taşıyan taşınmazları, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla tahsis edebilmekte iken değişiklikle tüm taşınmazların bu kapsamda tahsis edilebilmelerine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca belediyelerin arsa niteliğindeki taşınmazların yanında, arazileri, arazilerin mütemmim cüzü sayılan yapıları (her türlü bina), kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümleri, taşınmaz niteliğindeki sınırlı ayni hakları 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında tahsis etmesi mümkün hâle gelmiştir.

Belediyelerin ücretsiz veya düşük bir bedelle taşınmaz tahsis yetkisi, sadece sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelerle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca tahsisin yapılabilmesi için İçişleri Bakanlığının onayı şart koşulmuştur. 5393 sayılı Kanun, taşınmazın tahsis edileceği kişiler yönünden herhangi bir sınırlama öngörmediğinden sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmin geliştirilmesi amaçlı proje üreten herhangi bir özel hukuk tüzel kişisine taşınmaz tahsisi mümkündür.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereğince bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.

Maddenin gerekçesinden kuralın amacının, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasıyla belediyelere, arsa vasfı taşıyan taşınmazlarla sınırlı olarak tanınan tahsis yetkisinin kapsamı genişletilerek, belediyelerin, mülkiyetlerinde bulunan arsa, arazi, bina ve sair yapılar, kat mülkiyeti siciline kayıtlı bağımsız bölümler ile taşınmaz hükmündeki sınırlı ayni haklar dâhil her türlü taşınmazın, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere tahsis edilebilmelerine imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

5393 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; turizm ve tanıtım, gençlik ve spor orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları, sosyal hizmet ve yardım hizmetlerini yapacağı veya yaptıracağı; (b) bendinde ise sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabileceği ve işletebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla belediyelerin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizm ile ilgili kimi görevlerinin bulunduğu görülmektedir. Dava konusu kuralla ise belediyelere, özel sektörün bu alanlarda geliştireceği projeler için taşınmaz tahsis etme yetkisi tanınmaktadır. Sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmin geliştirilmesi amacıyla özel sektör tarafından geliştirilen projelerin

desteklenmesinde kamu yararının bulunduğu açıktır. Bu itibarla, bu projelerin desteklenmesi amacıyla projeyi yürüten özel hukuk kişilerine belediyelerce taşınmaz tahsis edilmesine imkân tanınması kanun koyucunun takdirindedir. Anılan projelere, arsa vasfı taşıyan taşınmazların yanında belediyeye ait binalar ile diğer taşınmazların da tahsis edilebilmesine imkân tanınması kamu yararının varlığını etkilememektedir.

Sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirme amaçlı projelerin desteklenebilir mahiyette olması için doğası gereğidir. Ancak bu projelerin kamu desteğini hak edecek ölçek ve nitelikte olup olmadığı bir yerindelik meselesi olduğu açıktır. Kaldı ki kanun koyucu bu projelerin desteklenebilir nitelikte olmalarını temin etmek maksadıyla taşınmaz tahsisini İçişleri Bakanlığının onayına bağlı kılmıştır.

Sonuç olarak, belediyelerin, mülkiyetlerinde bulunan her türlü taşınmazı, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere tahsis edebilmelerine imkân sağlanmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 127. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

S- Kanun'un 128. Maddesiyle 5747 Sayılı Kanun'un 1. Maddesine Ekli (16) Sayılı Listesinin Sekizinci Sırasında Yer Alan "Barbaros" İbaresinin "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" Şeklinde Değiştirilmesi ile 129. Maddesiyle 5747 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen "ve Barbaros Mahallesinin" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla Ataşehir ilçesine bağlı Barbaros mahallesinin, Ataşehir ilçesinin sınırlarından çıkarılarak Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesinin asıl nedeninin, Barbaros mahallesine yapılması kararlaştırılan "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi" yerleşkesinin mevcut siyasi iktidara ait belediyeye bağlanmak istenmesi olduğu, coğrafi ve ekonomik şartlar ile kamu hizmetlerinin gerekleri ortaya konulmadan ve İstanbul İl İdare Kurulunun görüşü alınmadan Barbaros mahallesinin Ataşehir ilçesinden alınarak Ümraniye ilçesine bağlandığı, sırf "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin siyasal iktidara ait bir belediyenin sınırları içine alınması amacıyla ilçe sınırlarının değiştirilmesinin kamu yararıyla örtüşmediği gibi adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, İstanbul ili Ataşehir ilçesi sınırlarında bulunan Barbaros mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmının, Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk

Devleti olduğu belirtilmiştir. Maddede belirtilen “*hukuk devleti*” ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin, kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken “*kamu yararı*” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme de, kanunun kamu yararı dışında başka bir amaçla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Anayasa’nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa’da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde, söz konusu yasa kuralı Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir. Açıklanan ayırık hâl dışında, bir yasa kuralının ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirine ait olduğundan, salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

Anayasa’nın 126. maddesine göre, Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Bu hükme göre, Türkiye’nin gerek illere ayrılmasında, gerekse illerin diğer kademeli bölümlere ve bu arada ilçelere ayrılmasında göz önünde tutulacak olan ölçütler, coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleridir. İdari kademelere bölünmede kullanılan bu ölçütler, bu kademelerin merkezlerinin belli edilmesinde de uygulanır. Kanun koyucu, Anayasa’da öngörülen koşullara uymak kaydıyla, gelişen sosyal, ekonomik, teknik ve benzeri nedenlerin belli bir bölgede ilçe kurulmasını gerektirdiğini takdir ederek yeni bir ilçe kurabilir, büyük yerleşim yerleri için öngörülen özel yönetim biçiminin gereği olarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler yapabilir. Bunu kanunla yapabileceği gibi esas ve usullerini kanunda göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.

Öte yandan, Anayasa’nın 126. maddesi uyarınca, ilçelerin kurulması ve sınırlarının belirlenmesinde “*coğrafya durum, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri*” ölçütlerinin gözetilmesi gerekmele birlikte, tamamen teknik konulara işaret eden bu unsurlarla ilgili olarak değerlendirme yapılması anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

Dava konusu kuralların gerekçesinde, İstanbul ilinde Ataşehir ve Ümraniye ilçelerinin sınırları belirlenirken O-4 ve E-80 Karayolu’nun sınır olarak belirlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Yasama belgelerinden, İstanbul ili Ataşehir ilçesi sınırlarında bulunan Barbaros mahallesinin O4 Karayolu’nun güneyinde kalan kısmının, Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesini öngören düzenlemede, kamu yararı amacı dışında kişisel veya siyasi saiklerle hareket edildiği yolunda herhangi bir bulguya rastlanmadığından kuralda Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Ş- Kanun’un 142. Maddesiyle Değiştirilen 637 Sayılı KHK’nin 36. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan

“Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında...” ve “...Bakanlıkça belirlenecek...” İbarelerinin, Dördüncü Cümlesinin, Beşinci Cümlesinde Yer Alan “...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve...” İbaresinin, Altıncı ve Yedinci Cümlelerinin İncelenmesi

1- Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Statüsü ile İlgili Genel Açıklama

Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), Türk özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, hizmetler, müteahhithlik ve lojistik başta olmak üzere, dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi, bu bağlamda yurt içi ve dışı yatırım imkânlarının araştırılması, Türkiye'nin ihracatının artırılmasına katkı sağlanması ve benzeri iş geliştirme çalışmalarının koordine edilmesi amacıyla, ilk kez 1986 yılında, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yönetim Kurulu kararına dayanılarak dernek statüsünde kurulmuştur.

5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun, “*Türk-yabancı veya yabancı-Türk odalar ile Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu*” başlıklı 58. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarıyla, daha önce dernek statüsünde kurulan DEİK'e özel bir statü tanınmış, kuruluşu, organları, yönetimi, işleyişi ve gelirlerine ilişkin özel hükümler sevk edilmiştir. Buna göre, Birliğin (Birlik veya TOBB) gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından, kısa adı DEİK olan Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun oluşması öngörülmektedir. Kurulun ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürüteceği kurala bağlanmaktadır. Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esasların Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmektedir. Kurulun bütçesinin, kurucu kuruluşların Kurul Yönetim Kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşacağı ve Kurul bütçesinin Birlik tarafından denetleneceği düzenlenmektedir.

Kanun'un 142. maddesiyle, 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasında DEİK'in statüsü yeniden düzenlenmiş ve buna paralel olarak da 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle, 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında yer alan düzenlemenin, 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan düzenlemede kısmi değişiklikler yapılmak suretiyle yeniden kaleme alınmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan değişikliklerin, büyük ölçüde TOBB'a tanınan yetkilerin Ekonomi Bakanlığına tanınmasından ibaret olduğu görülmektedir.

Önceki düzenlemede, DEİK'in, TOBB'un gözetim ve denetimi altında kurulması ve DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da TOBB tarafından belirlenmesi öngörülmekte iken, 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasıyla bu yetkiler Ekonomi Bakanlığına verilmiştir. Ayrıca DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların düzenlendiği yönetmeliğin TOBB tarafından çıkarılması ve DEİK'in denetiminin de TOBB tarafından yapılacağı belirtilmiş iken 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasıyla yönetmelik

çıkartılması ve bütçenin denetimiyile ilgili bu yetkiler de Bakanlığa devredilmiştir. 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında, önceki düzenlemeden farklı olarak, bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı açıkça kurala bağlanmakta, ayrıca “*Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar*” da DEİK'in gelirleri arasında sayılmaktadır.

Gerek 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin üçüncü fıkrasında gerekse 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında DEİK'in özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmiş ise de niteliğiyle ilgili herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da DEİK'in, kanunlarda sayılan tipik özel hukuk tüzelkişilik türlerinden (dernek, vakıf, şirket, kooperatif v.s.) herhangi birine dahil olduğu yolunda açık bir hükme yer verilmemektedir. Dolayısıyla DEİK'in kendine özgü, atipik bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır.

DEİK'in, kamu yararı amacına yönelik olarak faaliyet göstermesi ve kâr amacı gütmemesi, Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında kurulması, kendisini oluşturan özel sektör kuruluşlarının Bakanlık tarafından belirlenmesi, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişi, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenmesi, gelirlerinin kanunda sayılması, bütçesinin Bakanlıkça denetlenmesi ve ayrıca Ekonomi Bakanlığının bütçesinden yardım alması gibi özellikleri dikkate alındığında, alelade özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak kamu gücüyle donatılan özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

2- Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan “*Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında...*” ve “*...Bakanlıkça belirlenecek...*” İbareleri ile Altıncı Cümlesi

Dava dilekçesinde, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in hukuksal olarak dernek statüsünde olduğu, hukuken dernek statüsünde olan bir organizasyonun görevlerinin Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olmasının, hangi özel sektör kuruluşlarının DEİK'i oluşturacağıın Bakanlıkça belirlenmesinin ve bütçesinin Bakanlık tarafından denetlenmesinin, dernek özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı, DEİK'in kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu benzeri bir organizasyon olduğunun kabulü durumunda ise üyelerinin belirli bir mesleğe mensup olanlar yerine Bakanlıkça belirlenmesinin, faaliyetlerini Bakanlığın gözetim ve denetimi altında yürütecek olmasının ve vesayet denetimini de açacak şekilde bütçelerinin doğrudan Bakanlıkça denetlenecek olmasının meslek kuruluşlarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca bu durumun Anayasa'nın demokratik devlet ilkesini de ihlal ettiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 13., 33., 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, DEİK'in, Bakanlığın gözetim ve denetimi altında kurulması, DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da Bakanlık tarafından belirlenmesi ve DEİK'in bütçesinin Bakanlıkça denetlenmesi öngörülmektedir. 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin, Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle yürürlükten kaldırılan ve DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında, DEİK'in, TOBB'un gözetim ve denetimi altında kurulması ve DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da TOBB tarafından belirlenmesi, bütçesinin denetiminin de TOBB tarafından yapılması düzenlenmekte iken dava konusu kurallarla bu yetkiler Bakanlığa verilmektedir.

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere DEİK, kimi kamusal hizmetler ifa eden ve belli ölçüde kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan atipik bir özel hukuk tüzel

kişisidir. Bu itibarla, DEİK dernek statüsünde bulunmadığı gibi meslek kuruluşu niteliğinde de değildir.

Hukuk devletinde, bir kısım kamu hizmetlerinin özel kanunlarla kurulan ve kamu gücüyle donatılan özel hukuk tüzel kişileri aracılığıyla yerine getirilmesinin öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kamu hizmeti ifa eden ve ifa ettiği kamu hizmetiyle orantılı olarak da kamu gücüyle donatılan bu özel hukuk tüzel kişilerinin kamunun denetimi ve gözetimi altında faaliyet göstermesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez. Bu itibarla Türk özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, hizmetler, müteahhitlik ve lojistik başta olmak üzere, dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi, bu bağlamda yurt içi ve dışı yatırım imkânlarının araştırılması, Türkiye'nin ihracatının artırılmasına katkı sağlanması ve benzeri iş geliştirme çalışmalarının koordine edilmesi amacıyla kurulan ve kendine özgü bir özel hukuk tüzel kişisi olan DEİK'in, Bakanlığın gözetim ve denetimi altında kurulmasını, üye olacak özel sektör kuruluşlarının Bakanlık tarafından belirlenmesini ve bütçesinin de Bakanlıkça denetlenmesini öngören dava konusu kurallarda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 5., 13., 33., 123. ve 135. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- Fıkranın Dördüncü Cümlesi ile Beşinci Cümlesinde Yer Alan "...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve..." İbaresini

Dava dilekçesinde, dava konusu kurullarla, özel hukuka tabi olan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının Bakanlık tarafından hazırlanacak yönetmelikte düzenlenmesinin öngörüldüğü, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesinin Bakanlığın görev alanıyla ilgisi bulunmadığından Bakanlığa bu konularda yönetmelik çıkarma yetkisi tanınamayacağı, bu durumun DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini de ortadan kaldırdığı, DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları ile İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerektiği, ayrıca genel çerçeve ve temel ilkeler kanunla belirlenmeden Bakanlığa düzenleme yetkisi verildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu dördüncü cümleyle, DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle yürürlükten kaldırılan ve DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yönetmelik çıkarma yetkisi TOBB'a verilmiş iken, dava konusu kurulla bu yetki Bakanlığa verilmiştir.

Fıkranın beşinci cümlesinde, DEİK'in gelirleri düzenlenmekte, cümlelerin dava konusu edilen bölümünde ise yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları

ve/veya yıllık üyelik aidatları ile İş Konseyi üyelik aidatları DEİK'in gelirleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın 124. maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri belirtilmiştir.

637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, DEİK'in, Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürüteceği ifade edilmek suretiyle Bakanlığa, gözetleme ve denetleme görevi verilmiştir. Öte yandan, 637 sayılı KHK'nin 2. maddesinde, Bakanlığa, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına yapılması amacıyla ürün ve yurtdışı müteahhitlik dâhil uluslararası hizmet ticaretine ilişkin gerekli her türlü tedbiri almak gibi, özel sektörün dış ekonomik işlerini yürüten birtakım görevler yüklenmiştir. Dolayısıyla özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesinin Bakanlığın görev alanıyla bir ilgisinin bulunmadığı söylenemeyeceğinden Bakanlığa, kendi gözetim ve denetimi altında faaliyet gösteren DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların belirlenmesi hususunda yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmasının Anayasa'nın 124. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

DEİK'in kuruluş, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, anılan hususların idari düzenleyici işlemlerle belirlenmesinin öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Dava konusu kuralla, bu hususlarla ilgili düzenleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına bırakılması yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

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. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu itibarla, DEİK'in kuruluş, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7. ve 124. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların, Anayasa'nın 8. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- Yedinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, düzenlemenin, DEİK ile kuruluşuna katılacakların 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 4721 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanmalarını önlediği, hukuken dernek statüsünde olan DEİK hakkında 5253 sayılı Kanun ve hüküm bulunmayan hâllerde 4721 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının önlenmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi dernek kurma özgürlüğünü de ölçsüz bir şekilde sınırladığı belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasının uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı kurala bağlanmaktadır. Uygulanmayacak hükümlerin hangileri olduğu kanun metninde gösterilmediği gibi gerekçede de bu konuda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak DEİK'in önceki statüsünün "dernek" niteliğinde olduğu gözetildiğinde, uygulanmayacağı belirtilen hükümlerin derneklerle ilgili düzenleme içeren kanun hükümleri olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kuralla, DEİK'in dernek vasfını haiz olmadığını ve bu nedenle derneklerle ilgili hükümlerin uygulanmayacağını açıklığa kavuşturmak istemiştir. Kanun koyucunun, derneklerle ilgili kanunların DEİK'e doğrudan veya kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı yolundaki muhtemel tartışmaları önlemek amacıyla bu hükümlerin uygulanmayacağını açıkça düzenlemesinde kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 13. ve 33. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

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

A- 1- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendine,

2- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddeye,

3- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesine,

4- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinde yer alan "...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile..." ibaresine,

yönelik yürürlüğün durdurulması istemlerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine yönelik iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

C- 1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerine,

2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesine,

3- 20. maddesine,

4- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan "...ve vekaletname ibrazı..." ibaresine,

5- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkralara,

6- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.*" ibaresine,

7- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesine,

8- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*" ibaresine,

9- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*" ibaresine,

10- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere...*" ve "*...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.*" ibarelerine,

11- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkraya,

12- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkraya,

13- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin, "...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile..." ibaresi dışında kalan bölümüne,

14- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendine,

15- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

16- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkraya,

17- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresinin "taşınmaz" şeklinde değiştirilmesine,

18- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresinin "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştirilmesine,

19- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "ve Barbaros Mahallesinin" ibaresine,

20- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında..." ve "...Bakanlıkça belirlenecek..." ibarelerine,

b- Dördüncü cümlesine,

c- Beşinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve..." ibaresine,

d- Altıncı ve yedinci cümlelerine,

yönelik iptal istemleri, 14.5.2015 tarihli, E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bent, cümle, bölüm, ibare ve değişikliklere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

14.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN

SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin 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 bu cümleye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

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

A- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

B- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ç- 20. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan "...ve vekaletname ibrazı..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

Ğ- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...dava açmamarı, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...dava açmamarı, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

İ- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'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 BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere..." ve "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

K- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

L- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

M- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

N- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin;

1- "...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

O- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

Ö- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümleinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

P- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

R- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*arsa*" ibaresinin "*taşınmaz*" şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "*Barbaros*" ibaresinin "*Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı*" şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ş- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*ve Barbaros Mahallesinin*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

T- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında..." ve "...Bakanlıkça belirlenecek..." ibarelerinin,

2- Dördüncü cümlesinin,

3- Beşinci cümlesinde yer alan "...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi yelik aidatları ve..." ibaresinin,

4- Altıncı ve yedinci cmlerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYçOKLUğUYLA,

14.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

ye
Serdar ÖZGÜLDÜR

ye
Serruh KALELİ

ye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

ye
Recep KÖMÜRCÜ

ye
Nuri NECİPOğLU

ye
Hicabi DRSUN

ye
Celal Mümtaz AKINCI

ye
Erdal TERCAN

ye
Muammer TOPAL

ye
M. Emin KUZ

ye
Hasan Tahsin GÖKCAN

ye
Kadir ÖZKAYA

ye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Mahkememiz çoğunluğu tarafından kimi kurallara ilişkin olarak verilen kararlara aşağıda ayrı başlıklar altında belirtilecek olan gerekçelerle katılmadık.

1- Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesi, ihalelere ilişkin olarak idarelerce uyulması gereken bazı kuralları düzenlemektedir. 6552 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesi, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin değiştirilmesini öngörmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hali, *"İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."* biçimindedir.

"Kanunda belirtilen hizmetler" ise 4734 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre hizmet kavramı, *"bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri"* kapsamaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, kuralın önceki haline göre, özel kişilere gördürülmesine olanak tanınan hizmetler sayılan hizmetlerden ibarettir.

Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi bütünüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, *"idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmüş, ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, önceki düzenlemede *"bu Kanunda belirtilen hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmıştır. Öte yandan, önceki düzenlemede hizmet türleri sayma yoluyla belirtilirken, yeni düzenlemede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmıştır. İptali istenilen kurallarla hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiş ve bunların belirlenmesinde Bakanlar Kuruluna geniş bir yetki verilmiştir.

Dava konusu düzenleme ile 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin tüm hizmetler bakımından idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde, bu hizmetlerin özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanmıştır. Düzenlemede yer verilen "*Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" ibaresi açık ve belirli olmadığı gibi, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin belirlenmesi yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi belirsizliği daha da artırmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağına veya devredilebileceğine kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Belirtilen Anayasa hükümleri çerçevesinde bakıldığında, iptali istenilen kural, anılan kamu hizmetlerinden bir kısmının ihaleye çıkılmak suretiyle özel kesime yaptırılmasına imkân sağlayan bir düzenleme içerdiğinden bunların hangi hizmetler olduğunun kanunla belirlenmesi anayasal bir zorunluluktur. Çoğunluk kararındaki, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespitinin mümkün olması nedeniyle kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı görülemeyeceği şeklindeki yaklaşım Anayasa'nın anılan hükümlerindeki güvenceleri tamamen ortadan kaldıracak ve anlamsız hale getirebilecektir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırıdır.

2- Kanun'un 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (B) Bendiyle 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkrası ile Kanun'un 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde malikin geri alma hakkı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçıların kamulaştırma bedelini

aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilecekleri belirtilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkının düşmesi öngörülmüştür.

Kanun'un iptali istenilen 100. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, iptali istenilen düzenleme uyarınca kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açmaları imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Kanun'un iptali istenilen 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 9. maddesinin birinci cümlesi ile de, 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişikliklerin, maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmiş, 46. maddesinde ise kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek karşılıklarını peşin olarak ödemek şartıyla özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazların kamulaştırılması konusunda Devlet ve kamu tüzel kişilerine yetki verilmiştir.

Kanun koyucu, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle, kamulaştırılan taşınmazın, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması durumunda mal sahibi veya mirasçılarına, taşınmazı, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödemek suretiyle geri alma hakkı tanınmış, ancak, iade hakkının kullanımı, geri alma hakkının doğduğu tarihten, yani kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan hak arama özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Ancak, kanun koyucunun kamu düzeninin korunması amacıyla haklı nedenlerin bulunması halinde dava açma ve hakkı talep sürelerini sınırlandırması mümkündür. Bu sınırlamaların ise Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir. Belirlenen süre ve kısıtlamaların, ilgililerin dava açma haklarından yararlanmalarını imkânsız kılacak veya aşırı zorlaştıracak nitelikte olması durumunda sınırlamanın ölçülü olduğundan söz edilemez.

İtiraz konusu kuralda olduğu gibi, idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek ve ayrıca hakkın kötüye kullanılması girişimlerinin önünü kapatmak amacıyla iade isteminin belli bir süreyle sınırlandırılması kanun koyucunun düzenleme ve takdir yetkisi kapsamında görülebilirse de, iptali istenen kural yalnızca iade istemini değil, eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunma ve dava açma haklarını tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Kuralın uygulanmasına konu olaylarda eski malikler veya mirasçılarının iade isteminden farklı olarak Devlet ve kamu tüzel kişilerinin süreç içerisindeki eylem ve işlemlerinden kaynaklanan dava ve talep haklarının da tamamen ortadan kaldırılması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlene hak arama hürriyetini ortadan kaldıran bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

3- Kanun'un 112. Maddesiyle 4342 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (ı) Bendiinin İncelenmesi

4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlakta 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 tescilli olanaklı hâle gelmiştir.

Tarım ve hayvancılığın ülke için önemini gözeten anayasa koyucu tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların ve mera, yaylak ve kışlakların daha etkin biçimde korunmasını sağlamak üzere düzenlemelere yer vermiştir. 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, maddenin Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklediği, bu ifadeyle amaçlananın tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi olduğu, Devletin, bu amaçla yasal düzenleme yapması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinde ise; mera, yaylak ve kışlaklarda, Maden Kanunu ve Petrol Kanununa göre arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyetleri için zaruri olan; ülke güvenliği ve olağanüstü hal durumlarında ihtiyaç duyulan; doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan ve Elektrik Piyasası Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine göre petrol iletim faaliyetleri ile elektrik ve doğalgaz piyasası faaliyetleri için gerekli bulunan yerler dışında tahsis amacı değişikliği yapılması yasaklanmıştır.

Ayrıca, Mera Kanunu'nun "*İnşaat Yasağı*" başlıklı 20 nci maddesinde, "*Yaylak ve kışlaklarda, 442 sayılı Köy Kanununda öngörülen inşaatlar ile valiliklerden izin alınmak suretiyle imar mevzuatına göre yapılacak kullanma amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve süreklilik göstermeyen barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi üzerine turizme açılması uygun görülen bölgelerde ahşap yapılar dışında, ev, ahır ve benzeri inşaatlar yapılamaz.*" denilerek yaylak ve kışlaklarda geleneksel kullanım amacıyla yapılacak inşaatlar sayma suretiyle sınırlanırken; meralar ise tamamen inşaat yasağı kapsamına alınmıştır.

Meralarla ilgili Anayasa ve Kanun hükümlerinin Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklediği, tüm bu düzenlemelerle tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinde de yer verilen istisnaların tamamının, Ülke için özel önem taşıyan konulara ve ihtiyaç, gereklilik ve zorunluluk bulunan hallerle ilişkin olduğu görülmektedir. İptali istenilen kuralla Bakanlar Kuruluna verilen kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan etme yetkisi ise çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuralla birlikte Bakanlar Kurulu 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 mera vasıflı taşınmazların bu vasıflarını değiştirebilecektir. Kuralın gerekçesinde düzenlemenin "*ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunmaması halinde tahsis amacının değiştirilebilmesini amaçladığı*" ifade edilmiş ise de, kuralda böyle bir sınırlamaya yer verilmiş değildir. Öte yandan, çoğunluk kararında 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 karşılanmayacağı değerlendirilmesinin gerektiği ifade edilmiş ise de, yeni kuralda böyle bir koşula da yer verilmediğinden buna uygun davranılması ancak temenniden ibaret kalacaktır.

Bu nedenlerle, iptali istenilen kuralla Bakanlar Kuruluna verilen sınırsız yetki ile meraların kentsel dönüşüm ve gelişim alanı oluşturma gerekçesiyle yerleşime açılması meraların korunmasını güvence altına alan Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle, ayrı başlıklar altında belirtilen kuralları Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptalleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 112. maddesiyle, 25.02.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendine, "*Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,*" fıkrası eklenmiştir,

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 kurula bağlandıktan sonra, ikinci cümlesinde bentler halinde 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 mümkün olmuştur.

Öte yandan, 4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinde ise; mera, yaylak ve kışlaklarda, Maden Kanunu ve Petrol Kanununa göre arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyetleri için zaruri olan; ülke güvenliği ve olağanüstü hal durumlarında ihtiyaç duyulan; doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan ve Elektrik Piyasası Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine göre petrol iletim faaliyetleri ile elektrik ve doğalgaz piyasası faaliyetleri için gerekli bulunan yerler dışında tahsis amacı değişikliği yapılması yasaklanmıştır.

Ayrıca, Mera Kanunu'nun "*İnşaat Yasağı*" başlıklı 20 nci maddesinde, "*Yaylak ve kışlaklarda, 442 sayılı Köy Kanununda öngörülen inşaatlar ile valiliklerden izin alınmak suretiyle imar mevzuatına göre yapılacak kullanma amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve süreklilik göstermeyen barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi üzerine turizme açılması uygun görülen bölgelerde ahşap yapılar dışında, ev, ahır ve benzeri inşaatlar yapılamaz.*" denilerek yaylak ve kışlaklarda geleneksel kullanım amacıyla yapılacak inşaatlar sayma suretiyle sınırlanırken; meralar ise tamamen inşaat yasağı kapsamına almıştır.

Meralar, geleneksel olarak geçici veya sürekli yerleşme amacıyla değil, sürekli hayvan otlatılması amacıyla kullanılmakta; yaylak ve kışlak olarak nitelendirilen yerlerin geleneksel kullanım amacı ise, çiftçilerin havanlarını otlatmasına bağlı olan ve yılın belli aylarında kullanılan geçici yerleşme yerleri olmaları şeklindedir. Nitekim, 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 3 üncü maddesinde de bu özelliklerine göre tanımlanmışlardır.

Bu bağlamda, meraların geleneksel kullanım amacı, hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılmasıyla sınırlı olup, geçici de olsa yerleşim amaçlı kullanılması mümkün olmamış ve kadimden beri de yerleşim amaçlı kullanıldığı görülmemiştir. Çünkü, meraların kısmi ve geçici de olsa yerleşime açılmasının etkisi, yerleşime açılan alanla sınırlı kalmamakta, yerleşime açılan yerlerde yapılan konutların ve müştemilatının, hayvanların serbestçe otlanaacağı alanlar ile suya ulaşım yollarının önünü kesmesi nedeniyle, etkisi çok daha büyük alanlara yayılarak meraların otlanma amaçlı kullanımını büyük ölçüde engellemektedir.

Yaylak ve kışlakların geleneksel kullanım amacıyla geçici yerleşim yeri olması ise, çiftçilerin hayvanlarını otlatmalarına ve otundan yararlanmalarına bağlı, ikincil, bağımlı, hayvancılıkla uğraşmalarının sonucuna dayalı geçici yerleşme ve kadimden beri de bu amaçla kullanılmasıdır. Hayvanlarını barındırmak ve otundan yararlandırmak amacıyla hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin yaz ve kış aylarında hayvanlarıyla birlikte geçici yerleşim yerleri olarak kullandıkları yaylak ve kışlakların, bu amaç - geleneksel kullanım amacı - dışında, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerin mera, yaylak ve kışlak vasfından çıkarılarak yapılaşmaya açılması, bir yandan hayvancılığı sadece otlatarak ve mandıracılık şeklinde yapabilecek kadar dahi ekonomik gücü olmayan toplumun korunmaya muhtaç çiftçi kesimlerine tahsis edilmiş mera, yaylak ve kışlakların azalmasına, diğer yandan şu anda bile yeterli olmayan hayvansal üretimin daha da düşmesine, bu alandaki dışa bağımlılığın artmasına yol açacaktır.

Anayasa'nın 45 inci 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." denilmiştir.

6552 sayılı Kanun'un 112. maddesi ile 4342 sayılı Mera Kanunu'nun birinci fıkrasına eklenen (1) bendi, mera, yaylak ve kışlakları amaç dışı kullanılmak üzere yerleşme ve yapılaşmaya açarak tahrip etmeyi öngördüğü, tahsis amacının değiştirilmesine yönelik Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin sadece kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerle sınırlı olduğu, bunun dışında başkaca sınırlama öngörülmediği, yapılan sınırlandırmanın idarenin sınırsız takdir yetkisine bırakıldığı, bunun da İstanbul gibi yapılaşmanın ve kentsel dönüşümün yoğun bir şekilde uygulandığı illerde, şehrin tamamına sirayet ederek, şehirdeki bütün mera, yaylak ve kışlakları kapsayabileceği, böylece Anayasa ile koruma altına alınmış, mera, yaylak ve kışlak alanlarının daraltılması ve hatta yok edilmesi yoluyla hayvansal üretimin düşmesi sonucunu doğuracağından, düzenleme Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. Bu nedenlerle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Üye
Muammer TOPAL

Esas Sayısı : 2014/177

Karar Sayısı : 2015/49

KARŞIOY GEREKÇESİ ile DEĞİŞİK GEREKÇE

1) "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun Tasarısı" Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce (TBMM) 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 11 Eylül 2014 tarih ve 29116 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un kimi hükümlerinin iptali istemiyle Anamuhalefet Partisi'nce açılan iptal davasının yapılan incelemesinde, aşağıda belirtilen iptal istemine konu kuralların "Kanun Tasarısı"nda yer almadığı ve bunların bir kısmının Plân Bütçe Komisyonunda (bazıları alt komisyonda) bir kısmının ise Genel Kurul'da Tasarı metnine dahil edildiği anlaşılmaktadır:

- 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasına bent ekleyen **15 inci madde** (Alt Komisyonunda eklenmiş),

- 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibarelerinin "yüzde birinin"; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresini "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresini "yüzde birini" şeklinde değiştiren **20 inci madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 6356 sayılı Kanun'a Ek Madde 1'i ekleyen **21 inci madde** (Alt Komisyonunda eklenmiş),

- Gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olanların belli şartlarla tahsilinde kimi kolaylıklar öngören **80 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesini yeniden düzenleyen (değiştiren) **87 nci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a Ek Madde 6'yı ekleyen **88 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182 nci maddesine bir fıkra ekleyen **94 üncü madde** (Alt Komisyonunda eklenmiş),

- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4 nci maddesine bir fıkra ekleyen **99 uncu madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 2942 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesine bir fıkra ekleyen **100 üncü madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 2942 sayılı Kanun'a Geçici Madde 9'u ekleyen **101 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14 üncü maddesine (1) bendini ekleyen **112 nci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına cümle ekleyen **117 nci madde** (Alt Komisyonunda eklenmiş),

- 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesine bir fıkra ekleyen **119 uncu madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresini "taşınmaz" olarak değiştiren **121 inci madde** (Alt Komisyonunda eklenmiş),

- 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresini "Barbaros Mahallesinin 04

Karayolunun güneyinde kalan kısmı” şeklinde değiştiren **128 inci madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul’da eklenmiş),

- 5747 sayılı Kanun’un 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Kadıköy İlçe Belediyesine bağlı Atatürk Mahallesi” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Barbaros Mahallesi” ibaresini ekleyen **129 uncu madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul’da eklenmiş),

- 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 36 ncı maddesini değiştiren **142 nci madde** (maddenin bir kısmı Alt Komisyonca eklenmiş; verilen önergeyle tamamı Genel Kurul’da yeniden düzenlenmiş).

Anayasa’nın 88. maddesinde “**Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.**

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalastırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa’nın 148. maddesi anlamında bir “şekil sakatlığı”na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasa denetiminin, “şekil bakımından” değil, “esas bakımından” söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki “Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa’nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçtüzüğü’nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa’nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü’nün “Komisyonların yetkisi, toplantı yerine zamanı” başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: “Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve **kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı** metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda tek tek belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından (bazıları da önergeyle Genel Kurul tarafından) Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü’nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İttüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, götürülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, **son oylamanın**, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır..." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İttüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İttüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalastiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6552 sayılı Kanun'un iptali istenen kurallarından 20 nci, 80 inci, 88 inci, 94 üncü, 100 üncü, 101 inci ("22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile" ibaresi dışında kalan bölümü yönünden) 112 nci, 117 nci, 119 uncu, 121 nci, 128 inci, 129 uncu ve 142 nci maddelerinin Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

2) 6552 sayılı Kanun'un 15., 21., 87., 99. ve 101 inci ("22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri ile..." ibaresi dışında kalan bölümü yönünden), maddelerinin İPTALİNE karar verilmişse de; anılan kuralların da asıl tasarı metninde yer almadıkları, Plân Bütçe Komisyonunca Genel Kurul'ca tasarı metnine ilave edildikleri görüldüğünden, bu kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmeleri nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiğini değerlendirdiğimizden; iptal kararına bu değişik gerekçeyle katılmıyoruz.

3) 6552 sayılı Kanunun "Tasarı" metninde yer alan 10 uncu maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin incelenmesinde; evvelce (kuralın eski halinde) 4734 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde belirtilen özel kişilere gördürülebilecek hizmetler (bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler) için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken; yeni kuralla sayılan bu konular dikkate alınmaksızın "**personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler**" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlandığı görülmektedir. Yine kuralla, söz

konusu yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Özetlemek gerekirse; kuralın birinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği öngörülmekte; kuralın ikinci cümlesiyle ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usulle belirleneceği ve hangi kişi ve kurumların karar alma sürecine katılacağı açıkça düzenlenmekte, bu belirleme yapılırken de hangi esasların dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128 inci maddesinin açık hükmü karşısında, kamu idarelerinin "genel idare esaslarına göre" yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gördürülmesi esastır. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik kararlarında, "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler" in, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler kapsamı dışında değerlendirilebilmesi mümkün olmakla beraber; dava konusu kuralda olduğu gibi tamamen soyut, çerçevesi çizilmemiş ve somutlaştırılmamış; bilakis belirsiz bırakılarak, anılan kamu alanının (personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler) ihale suretiyle kamu görevlileri dışında özel kişilere gördürülebilmesine imkân tanınmıştır. Bu yasama tercihi Anayasa'nın 2. ve 128. maddeleri ile bağdaşmamaktadır. Oysa kuralın önceki halinde bu alan açık bir biçimde teker teker sayma yoluyla belirlenmiş ve somutlaştırılmış durumdaydı.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2014/177

Karar Sayısı : 2015/49

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun" un iptali istenmiş olup, Anayasa Mahkemesince iptal edilenler dışında kalan aşağıdaki madde, fıkra, bent ve ibarelerinin Anayasa'ya aykırılıklarına ilişkin karşıoy gerekçelerimiz şunlardır:

1- Kanun'un 10. maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinde değişiklik yapılarak, İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği öngörülmüş ve bu hizmet türlerini belirlemeye yetkili makamlar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin görülmesinin esasları belirtilmiş olup Devletin genel idare esaslarına göre yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin

gerektirdiği asli ve s¼rekli g¼revlerin memurlar ve diğer kamu g¼revlileri eliyle g¼r¼leceđi, bu konuların kanunla d¼zenleneceđi ¼ng¼r¼lm¼şt¼r.

İhale y¼ntemiyle hizmet alınarak ¼zel kişilere g¼rd¼r¼lebilecek hizmetlere her hangi bir ¼lç¼t getirilmeden, genel ilke ve esaslar belirlenmeden “yardımcı işler” şeklinde ifade edilerek tamamen İdarenin takdirine bırakılan d¼zenlemede, Anayasa'nın 128. maddesinin emrettiği anlamda kanunla d¼zenleme yapılmış olduğu s¼ylenemez. Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin g¼r¼lmesinden Devletin y¼k¼ml¼ olduğu belirtilmiş, bu amaçla yine Anayasa'nın koyduğu esaslara g¼re yeterli d¼zey ve nitelikte personel temini İdareye g¼rev olarak verilmiştir. İdareler bu doğrultuda gerekli personeli sınav ve m¼lakatla, yeterli sayı ve nitelikte temin etmek zorundadırlar. Bu y¼k¼ml¼l¼đ¼ yerine getirmeyen İdarelerin, personelin yeterli olmadığı gerekeşiyle, ucu açık ve keyfi bir d¼zenlemeyle, ¼zel kişileri istihdam etmesine olanak veren kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

2- Kanun'un 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale S¼zleřmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen ¼c¼nc¼ fıkranın ¼c¼nc¼ c¼mlesinde, kamu işveren sendikası tarafından y¼r¼t¼lmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş s¼zleřmeleri i¼in fiyat farkı ¼denmeyeceđi, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ¼cret farkına h¼kmedilemeyeceđi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk y¼klenmeyeceđi belirtilmiştir.

D¼zenlemeye g¼re, toplu iş s¼zleřmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi ¼zerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verildiği halde, doğrudan alt işverenle işçi sendikası arasında imzalanması halinde fiyat farkı verilmeyecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, aynı işi yapan kişiler arasında ¼cret eşitliliğini gerektirir. Alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesi halinde sorumluluğun asıl işveren sıfatıyla İdare tarafından ¼stlenilmesi gerekir. Devlet, kazanç amacıyla çalışan bir kurum olmadığından, bu konuda alelade bir işveren gibi kabul edilemez. Farklı stat¼lerde bulunan kişilerin bu stat¼lerini serbest iradeleriyle kabul etmediği, bu durumda farklı stat¼lerden kaynaklanan olanakların farklı olmasına rağmen bir kesimin, Anayasa'nın 51. maddesinde t¼m çalışanlar i¼in ¼ng¼r¼len sendika hakkından yararlanamadığı, Anayasal bir hakkın bir kısım çalışanlar i¼in işlevsiz hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir.

3- Kanun'un 20. maddesiyle 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan “y¼zde ¼c¼n¼n” ibareleri “y¼zde birinin” olarak; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “y¼zde ¼c¼nden” ibaresi “y¼zde birinden”, d¼rd¼nc¼ fıkrasında yer alan “y¼zde ¼c¼n¼” ibaresi “y¼zde birini” olarak değiştirilmiştir.

Yapılan değişiklikler Anayasa'nın 51. maddesinde g¼vence altına alınan sendika hakkının kullanımındaki engelleri azaltan, doğru y¼nde atılmış adımlar olmakla birlikte her t¼rl¼ işkolu barajının sendika, toplu s¼zleřme ve grev hakkına engel teşkil ettiği, ILO'nun işkolu barajlarının t¼m¼yle kaldırılması yolundaki kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'ya aykırılık b¼t¼n¼yle ortadan kalkmadığından d¼zenlemenin iptali gerektiği d¼ř¼n¼lmektedir.

4- Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla “...y¼netmelikle veya diğer bir d¼zenleyici işlemlerle avukatlık stajına kabulde, staj d¼neminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim ¼ng¼r¼lemez” h¼km¼ getirilmiştir.

Kuralla, sınav veya benzeri bir rejimin yönetmelik veya diğer bir düzenleyici işlemlerle getirilemeyeceği söylenmiş olmakla birlikte yasa koyucunun amacının, avukatlık sınavının her hangi bir şekilde uygulanmasını önlemek olduğu açıktır. Düzenleyici işlemlerle konulamayacak olan sınav ancak yasa ile konulabileceğine göre, yasa koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmamak suretiyle, sınavın tamamen kaldırılmasını amaçlamış olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin Esas:2007/16, Karar:2009/147 sayılı kararında avukatlık sınavı, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş ve şu tespitle bulunulmuştur:

Güçlü ve bağımsız savunma mesleği, hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır”.

Yargılamanın asli unsuru olan savunmanın, hakim ve savcılar gibi, mesleki bakımdan belli bir yetkinlik ve donanıma sahip olması amacına yönelik olan avukatlık sınavına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin yaptığı tespit, iptali istenen kuralla boşa çıkartılmış ve böylece, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi çiğnenmiştir.

Avukatlık, her ne kadar Anayasa'da özel olarak düzenlenmiş bir kurum değil ise de Anayasa'nın 90. maddesinin yollamasıyla gözetilmesi gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı kapsamında bir avukatın yardımından yararlanma hakkı açıkça belirtildiğinden, bu mesleğin ve mensuplarının Anayasal temelde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda, yukarıda belirtilen kararı vermiştir. Avukatların daha yetkin ve donanımlı olmasına yönelik her hangi bir düzenleme yapılamaması sonucunu doğuran kuralda Anayasa'nın 36. maddesine uyarlık bulunduğu söylenemez.

Yasa koyucu, avukatlık sınavı konusunda düzenleme yapmamak ve Türkiye Barolar Birliğince de düzenleme yapılmasının yolunu yasa ile kapatmak suretiyle Anayasa'nın 36. ve 153. maddelerine aykırı bir tasarrufta bulunmuştur. Bu nedenle kuralın iptali gerekir.

5- Kanun'un 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine üçüncü fıkraya eklenen fıkrada “Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra, kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz” denilmiştir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde kamulaştırılan bir taşınmazın bedeli ödenerek geri alınması düzenlenmiş, birinci ve ikinci fıkralarda buna ilişkin beş ve bir yıllık hak düşürücü süreler belirtilmiştir. Ancak, maddede, geri alma dışında çeşitli nedenlerle vaki olabilecek bedel veya tazminat taleplerine ilişkin dava yolu kapatılmamıştır. Bu kere iptali istenen kuralla, beş ve bir yıllık süreler geçtikten sonra her türlü hak ve talepler için dava yolu kapatılmaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiş, 46. maddesinde de kamulaştırmanın gerçek karşılık esasına dayanacağı öngörülmüştür. Anayasa kurallarına göre, kamulaştırma konusu olan taşınmaz malın kendisi kamu yararı amacıyla malikinin iradesi dışında elinden alınabilecekse de, malın bedelinin dışında olabilecek hak taleplerinin de kendiliğinden ortadan kalkması söz

konusu olamaz. İptali istenen kuraldaki düzenleme, kamu yararı için ihtiyaç duyulan taşınmazın bedelinden bağımsız olarak, malikin diğer haklarını talep etme yani hak arama özgürlüğüne yapılmış, zorunlu bir nedeni olmayan ve ölçüsüz bir müdahaledir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine ve 36. maddesindeki hak arama hürriyetine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

6- Kanun'un 101. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü, 100. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki gerekçemiz ve geçici 9. maddenin iptal edilen ibarelerine ilişkin çoğunluk gerekçesindeki nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine aykırı olup, iptali gerekir.

7- Kanun'un 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (1) bendiyle, Bakanlar Kurulu tarafından kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edilen yerlerin mera, yaylak veya kışlak olmaktan çıkarılması olanaklı hale getirilmiştir.

Anayasa'nın 45. maddesiyle devletin korumakla görevlendirildiği meraların, üstün bir kamu yararına dayanan herhangi bir zorunluluk olmaksızın, salt kentsel arazilerin genişletilmesini sağlamak amacıyla meraların bu vasfının kaybettirilebilmesinin Anayasa'ya uygun olmadığı açıktır. Kuralda kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edilecek yerlerin meralara zarar vermeden belirlenmesinin mümkün olamayacağının anlaşılması ve bir zorunluluk bulunması gibi herhangi bir güvence bulunmamaktadır. Kaldı ki zorunluluklar nedeniyle her iki kamu yararı arasında makul bir denge kurulmasını gerektiren hallerde bunun gerçekleştirilebilmesine olanak veren istisna hükümleri yasada zaten yer almaktadır. Bu nedenle kuralın, meraların korunmasına yönelik anayasal gereksinim ile zorunluluktan kaynaklanan ihtiyaçlar arasında adil bir denge sağlanması amacına hizmet etmediği, bu nedenle kamu yararına dayanmadığı anlaşılmaktadır. Kural bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devletine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. ve 45. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2014/177

Karar Sayısı : 2015/49

KARŞIOY GEREKÇESİ

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

1) 10. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin incelenmesi:

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde

devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri “hukuki belirlilik”tir. Hukuki belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir.

Anayasa'nın 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan Anayasa da öngörülen ayırık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması çerçevesinin çizilmesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.

Dava konusu düzenlemede hukuki belirsizlik bulunduğu bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak ilke ve ölçütler getirilmeden bakanlar kuruluna verilmesi, Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

2) 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın incelenmesi:

Anayasa'nın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanmak hakkına sahiptir”. Anayasa'nın 125. maddesinde ise “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”. denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 günlü, E. 2009/27, K. 2010/9 sayılı kararında belirtildiği üzere Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma da bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin I no'lu protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan birinci maddesinde “her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmiş kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır.

Dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır.

3) 101. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin incelenmesi:

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

alandanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirenerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, yasa koyucunun üstünde anayasa ve hukukun üstün kurallarının olduğunun bilincinde olan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarihli ve E. 2009/27, K. 2010/9 sayılı kararında belirtildiği üzere Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma da bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

Adil yargılanmanın n koşulu kişilerin yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle yukarıda her bölümde açıklanan gereklerle Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilen kuralların iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

ye
Recep KÖMÜRCÜ

Esas Sayısı : 2014/177
Karar Sayısı : 2015/49

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi çoğunluk kararı ile Anayasa'nın 13. ve 65. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı ifade edilmekle birlikte, taşınmaz malikinin, taşınmazın üstündeki hava ve altındaki arz katmanları kullanma yetkisinin malike, uzayın derinliklerine kadar varacak düzeyde arazinin üstünü, Dünyanın merkezine varacak düzeyde de arazinin altını kullanma hakkını verdiği düşünülemez. Malikin bu hakkının kapsamının, arazi üzerindeki havanın ve altındaki yer katmanlarının belli bir seviyesiyle sınırlanması gerekmektedir. Kanun koyucu, 4721 sayılı Kanun'un 718. maddesinde bu sınırı ortaya koymuş ve "kullanılmasında yarar olduğu ölçüde" malikin, arazinin altını ve üstünü kullanabileceği ifade edilmiştir. Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı, kullanılmasında yarar bulunması ölçüsüne göre tespit edilecek seviyenin üzerindeki hava tabakası ile yine aynı şekilde belirlenecek seviyenin altındaki yer katmanlarını kapsamamaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına haksız müdahalede bulunmama devi olarak ifade edilen negatif bir yükümlülük yklemeindedir. İdarenin, herhangi bir şekilde taşınmazın, kullanılmasında yarar bulunması ölçüsüne göre tespit edilecek seviyenin üzerindeki hava tabakası ile yine aynı şekilde belirlenecek seviyenin altındaki yer katmanlarını kullanması ve

dolayısıyla malikin, üzerindeki mülkiyet hakkının tanıdığı yetkileri buralarda kullanmasını engellemesi, Devlete yüklenen negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.

2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası bir bütün olarak değerlendirildiğinde, teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerine ilişkin yatırımlar için idari irtifak kurulmaması, maliklerin mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi koşuluna bağlandığı anlaşılmaktadır. Anılan fıkra uyarınca, mülkiyet hakkının kullanımının engellenmediğinden söz edilebilmesi için teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin, taşınmazın kullanılmasında yarar bulunmayacak derecede üstünde veya altında yapılmış olması gerekmektedir. Fıkroda sözü edilen yapıların, taşınmazın malikçe kullanılmasında yarar bulunan kısımlarında yapılması durumunda mülkiyet hakkının kullanımı da engellenmiş olacağından taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesisi zorunluluğu ortadan kalkmadığı gibi malikin tazminat isteme hakkı da baki kalmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın bu hâliyle mülkiyet hakkına müdahaleye imkân tanıdığı söylenemez.

Yapılan teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin, kullanılmasında yarar bulunan dereceyi aşmış olmadığı, arazinin mahiyetine, malik tarafından kullanılış tarzına göre dürüstlük kuralı esas alınarak tayin edilecektir. Sistemin bu ölçüyü aşmış olmadığı ve dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanımının engellenip engellenmediğinin her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. İnşa edilen sistemin, kullanılmasında yarar bulunan dereceyi aştığının tespiti durumunda, mülkiyet hakkının kullanımına müdahalede bulunmama koşulunun gerçekleşmediği ve dolayısıyla yapının, dava konusu kural kapsamında kalmadığı kabul edilerek taşınmaz maliki lehine uygun bir tazminata hükmedilmesi icap etmektedir. Ancak bu durum kuralın uygulanmasıyla ilgili olup anayasal bir sorun teşkil etmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olmadığı ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2014/177
Karar Sayısı : 2015/49

KARŞI GÖRÜŞ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı, İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Aşağıda incelendiği şekilde, belirtilen kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmuştur:

I- 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümleleri

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının, Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen (e) bendi şu şekildedir:

“e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.”

1. Alt bentteki iptali istenen 1. ve 2. cümle, Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasa'ya aykırı görülmemiş ve iptal talebi reddedilmiştir.

İptali istenen cümleler, görüldüğü gibi, idarelerce istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde, yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini ve ihaleye çıkılabilecek işlerin ne şekilde belirleneceğini düzenlemektedir.

Maddede yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir:

“Madde ile, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi değiştirilerek, gerek yardımcı işlerde gerekse asıl işin bir bölümünde hizmet alım ihalelerine çıkılmasında 4857 sayılı İş Kanununun alt işverenlik ile ilgili düzenlemelerinin esas alınması düzenlenmekte, danışmanlık hizmet alımları dışında idarenin yeterli nitelik ve sayıda personelinin olmaması halinde ihaleye çıkılabilmesi şartı getirilmektedir.

Ayrıca, personel çalıştırılmasına dayalı ihalelerin yapılabileceği yardımcı işleri belirleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna verilmiştir.”

İptali istenen cümlelerin yer aldığı bent, 6552 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce şu şekildeydi: *“İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen*

personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."

Görüldüğü gibi, değişiklikten önce hangi hizmetler için idarelerin ihaleye çıkabileceği açıkça belirtilmiş ve "*bu Kanunda belirtilen hizmetler için*" denilerek kapsam açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesinde, hizmet kavramının hangi faaliyetleri kapsadığı da açıklanmıştır. Buna göre 4734 sayılı Kanun uyarınca hizmet kavramı, "*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fıkri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*" kapsamaktadır.

6552 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi tümüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte; ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmektedir.

Bendin yeni halinde, önceki halinden farklı olarak, özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede "*bu Kanunda belirtilen hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni halinde "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Öte yandan, bendin ikinci cümlesiyle, birinci cümlede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye; işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Buna göre, kuralın yeni halinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının önceki haline nazaran genişletildiği söylenebilir. Zira kuralın önceki halinde, 4734 sayılı Kanun'da sayılan hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni halinde, 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler, özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanan hizmetler kapsamına alınmıştır. Bununla birlikte, az önce ifade edildiği üzere, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin tümü değil, Bakanlar Kurulunca belirlenecek olanlar için ihaleye çıkılması ve bunların özel kişilere gördürülmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf uyarınca bunların, yardımcı iş niteliğinde olması veya kamusal hizmetin niteliği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir.

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 devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

Anayasa'nın 7. maddesine göre de, yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup, devredilemez.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin yeni halinde, önceki halinden farklı olarak, bent uyarınca özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede “bu Kanunda belirtilen hizmetler” için ihaleye çıkılabilemesi öngörülmekte iken, yeni halinde “personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler” için ihaleye çıkılabilemesine imkân sağlanmaktadır.

İptali istenen cümleler bu açıdan değerlendirildiğinde, hangi hizmetler için ihaleye çıkılacağı konusunda getirilen asıl kriterin “personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler” şeklinde belirlendiğini görüyoruz. Bu kriterle ilişkin başkaca bir belirleme, açıklama da diğer hükümlerde yer almamaktadır. O nedenle, hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini, sonuçta Bakanlar Kurulu belirleyecektir. Bakanlar Kurulunun karar verirken, idarelerin teşkilat görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yargı kararlarını dikkate alacak olması ve hükümde belirtilen yerlerin görüşünün alınması ve Maliye Bakanlığının teklifte bulunması, bu konuda yeterli bir açıklık getirmemekte, sonuçta hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceği konusunda, asıl belirleyici konumda olan Bakanlar Kurulu olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği şekilde, hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceği konusunda yeterli açıklık sağlanmadan, Bakanlar Kuruluna yetki verildiğinden, kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun kuralın Anayasa'ya uygun olduğu ve reddi gerektiği yönündeki görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

II- 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un 100 maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle eklenen üçüncü fıkranın iptali istenmiştir. İptali istenen fıkranın bulunduğu 23. maddenin ilgili birinci ve üçüncü fıkraları şu şekildedir:

“Mal sahibinin geri alma hakkı

Madde 23- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz”.

Maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, hüküm Anayasa’ya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Maddenin birinci fıkrası gereğince, kamulaştırılan bir taşınmazda, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, kamulaştırılan taşınmazın geri istenebileceği; ikinci fıkra gereğince geri istemenin, hakkın doğmasından itibaren bir yıl içinde yapılması gerektiği; iptali istenen üçüncü fıkra gereğince de bu süreler içinde hak sahibinin hakkını kullanmaması halinde, kamulaştırılan taşınmazla ilişkin olarak herhangi bir hak veya talepte bulunamayacağı, dava açamayacağı kabul edilmiştir.

Hükümün gerekçesi şu şekildedir:

“4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23 üncü maddesinde; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece; kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması halinde, mal sahibi veya mirasçılarının kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malı geri alabilecekleri yönünde düzenleme yapılmıştır.

Ancak, geri alma hakkının kullanılabilmesi için beş yılın sonunu takip eden bir yıl içinde bu hakkın kullanılmasının gerekmesine ve bu süre geçtikten sonra da eski maliklerin veya mirasçıların bu taşınmaz malın üzerinde ve taşınmaz maldan kaynaklanan herhangi bir hakları kalmamasına rağmen uygulamada eski malikler veya mirasçılar tarafından idarelere karşı çeşitli taleplerle haksız yere davalar açılmaktadır.

Önergeyle, madde hükmünde açıklık sağlanması suretiyle uygulamada ortaya çıkan ihtilafların önlenmesi için maddede; maddenin birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler (yani 5+1= 6 yıl) geçtikten sonra, kamulaştırılan taşınmaz malın üzerinde ve taşınmaz maldan kaynaklanan hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple (kamulaştırılan taşınmaz malın; üzerinde kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten sonra kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması, kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya üçüncü kişilere devredilmesi gibi sebeplerle) hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulmaması ve dava açılmaması yönünde düzenleme yapılması amaçlanmıştır.”

Buna göre, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Maddenin gerekçesinde, geri alma hakkının kullanılabilmesi için beş yılın sonunu takip eden bir yıl içinde bu hakkın kullanılmasının gerekmesine ve bu süre geçtikten sonra da eski maliklerin veya mirasçıların, bu taşınmazı veya taşınmaz maldan kaynaklanan herhangi bir hakları kalmamasına rağmen, uygulamada idarelere karşı çeşitli taleplerle

haksız yere dava açtıkları, kuralla, madde hükmünde açıklık sağlanması suretiyle uygulamada ortaya çıkan ihtilafların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Anayasa m. 35’de düzenlenen mülkiyet hakkına, kamu yararı amacıyla sınırlama getirilebilir. Söz konusu 2942 sayılı Kanun’un 23. maddesinde de, malikin mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak getirilecek bu sınırlamanın Anayasa’nın 13. maddesi gereğince ölçülü olması gerekir. Bu açıdan, iptali istenen üçüncü fıkra değerlendirildiğinde, eski maliklerin veya mirasçıların, idareden “ ... herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz...” denilerek, haklarına sınırlama getirildiği görülmektedir. Hükümde, sadece kamulaştırılan mal üzerinde ileri sürebilecek hakları değil, herhangi bir sebeple doğan başka hakların tümünü kapsayan ve o nedenle de, başka hakları da yasaklayan bir ifade kullanılmıştır. Gerçi maddenin gerekçesinde “...taşınmaz maldan kaynaklanan hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple (kamulaştırılan taşınmaz malın; üzerinde kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten sonra kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması, kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya üçüncü kişilere devredilmesi gibi sebeplerle) hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaması” şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Ancak bu durum, birinci fıkranın tekrarından ibaret olup, ayrı bir sınırlama getirecek nitelikte görünmemektedir. Bu açıdan, iptali istenen fıkrada, gerekçede de sayılan hallerin dışında diğer halleri de kapsayacak şekilde ve sınırlama olmaksızın “herhangi bir sebeple” doğan haklar da kapsama dahil edilmiş durumdadır. O nedenle, kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamanın ötesinde, diğer haklara da teşmil edilebilecek, bir sınırlama getirilmiş olmaktadır. Hüküm o nedenle, Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne de kamu yararı amacıyla sınırlama getirilebilir. Bura da getirilen sınırlamanın da, kamu yararı amacıyla getirilmesi ve ölçülü olması gereklidir. İptali istenen hükmün son kısmında, “*herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz*” denilerek, hak sahibinin dava açma hakkına da sınırlama getirilmiştir. Eski maliklerin veya mirasçıların, kamulaştırılan taşınmaz nedeniyle süre geçtikten sonra hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edildikten sonra, tekrar bir de dava açılmayacağına ilişkin yasak getirilmesi amaca uygun olmadığı gibi, ölçülü de değildir.

Hak sahibi olduğunu düşünen kimsenin, gerçekten hak sahibi olup olmadığı, açtığı dava üzerine yapılacak yargılama sonunda ortaya çıkabilecektir. Bu şekilde dava açılması üzerine, hükmün lafzı doğrultusunda, davaya bakan mahkemenin, uyuşmazlığın esasına girmeden o konuda dava açılmayacağı gerekçesiyle açılan davayı reddetmesi gerekecektir. Hak sahibi olduğunu düşünen bir kimse için, daha baştan dava açma yolunu kapatmak, hak arama özgürlüğünün özüne dokunan, ortadan kaldıran bir müdahaledir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen 2942 sayılı Kanun’un 23. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

III- 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun’a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesi

2942 sayılı Kanun’un geçici 9. maddesinin birinci cümlesinin iptali istenmiştir. İptali istenen cümle ile birlikte hüküm şu şekildedir:

Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir.”

Hükümde geçen “...22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile...” ibareleri oybirliği ile iptal edilmiştir. Kanunun 23. maddesine yapılan atıf ve hükmün geri kalan kısmı ise Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasa’ya aykırı bulunmamış ve iptal talebi reddedilmiştir.

2942 sayılı Kanun’un 23. maddesinin üçüncü fıkrasının yukarıda açıklandığı şekilde Anayasa’ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Geçici 9. maddede de, 23. maddenin üçüncü fıkrasına atıf yapıldığından, üçüncü fıkraya ilişkin yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda, hükmün Anayasa’nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatindeyim. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmadım.

IV- 4342 Sayılı Kanun’un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (ı) Bendi

4342 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanun’un 112. maddesiyle (ı) bendi eklenmiştir. Yeni eklenen bendin iptali istenmiştir. İptali istenen bentle birlikte hükmün ilgili kısmı şu şekildedir:

“Tahsis Amacının Değiştirilmesi

Madde 14- Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden;

...

ı) Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen, Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir ve söz konusu yerlerin tescilleri Hazine adına, vakıf meralarının tescilleri ise vakıf adına yaptırılır.”

İptali istenen bent, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, Anayasa’ya aykırı görülmeyerek, iptal talebi reddedilmiştir.

Görüldüğü gibi, yeni eklenen (ı) bendi ile, meraların tahsis amacının değiştirilerek bu vasıflarının ortadan kaldırılmasına imkân tanıyan sebepler arasına bir yenisi daha eklenmiştir.

Yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır:

“Mera, yaylak ve kışlak gibi yerlerin kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamında ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunamaması halinde tahsis amacının değiştirilebilmesini amaçlayan bir düzenleme Tasarıya yeni 115 inci madde olarak eklenmiştir.”

Anayasa'nın 45. maddesinde, Devletin, çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek amacıyla gereken her türlü tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 45. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi bu kuralla Devlete, tarım arazilerinin sanayi ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesini, tarım arazileri ile çayırlar ve meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevi yüklenmiştir.

Meraların amaç dışı kullanılmaması ve daraltılmaması mutlak sınırlama bir değildir; Devlet'in mera, yaylak ve kışlakları koruma ve tahribini önleme yükümlülüğü, bu alanların hiçbir şekilde başka amaçlarla kullanılmayacağı sonucunu doğurmaz. Kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda, mera, yaylak ve kışlakların daraltılması ve bu alanlara müdahale edilebilmesi mümkündür. Ancak bunun için, meralara müdahaleyi gerektiren kamu yararının, meraların korunmasından daha üstün bir nitelik taşıması ve gerçekleşebilmesi için meraya müdahale dışında başka bir alternatifin bulunmaması, meraya müdahalenin zorunluluk arzemesi gereklidir. Nitekim, 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasında, meraların tahsis amacının değiştirilerek farklı şekilde kullanmayı öngören pek çok durum kabul edilmiştir. İptali istenen bendin dışında, diğer hüllere bakıldığında, nitelikleri gereği gerçekleştirilebilmeleri için meraya müdahalenin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu da bu nedenle, tüm bentlerin sonuna “...zaruri olan”, “...gerekli olan”, “...ihtiyaç duyulan” gibi ibareler kullanarak bu durumu ifade etmiştir.

İptali istenen kural, yukarıda belirtilen hususlar açısından incelendiğinde, lafzının “*Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen*” şeklinde olduğunu görüyoruz. Buna göre, bir meranın Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilebilmesi, Bakanlar Kurulunun yetkisindedir. 5373 sayılı Kanun'unun 73. maddesi çerçevesinde, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan arazilerin, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi için ilgili belediyenin talebi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca bu yönde karar alınması gereklidir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanırken, iptali istenen bendin lafzı doğrultusunda, kamu yararını kendisi takdir edip, bir meranın tahsis amacının değiştirilmesine, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilmesine karar verebilecektir.

İptali istenen hükümde, Bakanlar Kurulunun bir meranın tahsis amacını değiştirebilmesi, kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edebilmesi için bir zorunluluk hali aranmadığı gibi; bu durum kural olarak niteliği gereği, mutlaka meraya müdahaleyi gerektiren bir durum da sayılamaz. Her ne kadar, değişikliğin gerekçesinde, “...*ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunamaması halinde...*” denilmiş ise de, bu durum bağlayıcı değildir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, uygun gördüğü bir meranın, herhangi bir zorunluluk hali sözkonusu olmaksızın, yerleşime açmak amacıyla tahsis amacını değiştirebilir. Bu durum, uygun konumdaki kamu arazilerinin konut ve alışveriş merkezleri şeklinde değerlendirilmesinin yoğun olduğu günümüzde daha da bir önem kazanmaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesi gereği Devletin, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını sağlamak için bir takım görevleri vardır. Devlet bu görevleri kapsamında, kentsel dönüşüm için yeni proje alanları bulmak ve uygulamaya koymak zorundadır. Ancak bu görev yerine getirilirken, Anayasanın diğer hükümlerine de riayet edilmelidir. Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen görevlerini yerine getirirken Devletin,

herhangi bir zorunluluk olmadığı halde, meralara müdahale ederek tahsis amacını değiştirip yerleşime açması, Anayasa'nın 45. maddesinin ihmal edilmesi anlamına gelir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen, "**Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,**" şeklindeki (ı) bendi, Anayasa'nın 45. maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun, bendin Anayasa'ya uygun olduğu yönündeki görüşüne katılmadım.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2014/177
Karar Sayısı : 2015/49

KARŞIOY GEREKÇESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin iptali talebi reddedilmiştir.

6552 sayılı Kanunla (e) bendinin değiştirilmesinden önce, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması hâlinde, 4734 sayılı Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabileceği hükme bağlanmakta iken, yapılan değişiklik "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için" ihaleye çıkılabilmesi öngörülmüştür.

Böylece, değişiklikten önce 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtilen "bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler" şeklinde sayma yoluyla belirlenen hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörüldükçe, kuralın yeni hâlinde "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin" hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörüldükçe hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiştir.

Değiştirilen (e) bendinin birinci paragrafındaki "İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında..." ibaresi sebebiyle, (e) bendinin yeni hâliyle de hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılanlarla sınırlı olması gerektiği düşünülebilirse de, bendin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesinde, (e) bendinin önceki haline göre yapılan tek değişikliğin "bu Kanunda belirtilen" ibaresinin yerine "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin" ibaresinin getirilmesi olduğu, ikinci cümlesinde, ihaleye çıkılabilecek hizmet türlerinin 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması suretiyle belirleneceğinin hükme bağlandığı ve madde gerekçesinde yer verilen "gerek yardımcı işlerde gerekse asıl işin bir bölümünde hizmet alım ihalelerine çıkılmasında 4857 sayılı İş Kanununun alt işverenlik ile ilgili düzenlemelerinin esas alınması"nın düzenlendiği yönündeki açıklama dikkate alındığında, dava konusu kuralla özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının genişletildiği anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz, Anayasal ilkelere uyulmak kaydıyla özel kişilere gördürülebilecek kamu hizmetlerinin kapsamının genişletilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Ancak yapılan değişiklikle (e) bendinin kapsamı genişletilirken, önceki düzenlemeye göre daha belirsiz hâle getirildiği de açıktır.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler, hem de idare yönünden bir tereddüt ve şüpheye yer vermeyecek şekilde “açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir” olmasını ve “kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem”ler içermesini gerektirmektedir.

Değiştirilen (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetler belirlenirken hüküm önceki düzenlemeye göre daha açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir hâle gelmediği gibi ikinci cümlede, hizmet türlerinin belirlenmesinde “idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı” ile “yerleşik yargı içtihatları”nın ve “4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası(nın) dikkate” alınacağına öngörülmesi de, “işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü”nün aranması da bu belirsizliği giderecek ve keyfi uygulamaları önleyecek nitelikte değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 128. maddesine göre, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir.

Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasında da, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Kararda da belirtildiği üzere dava konusu kural, anılan kamu hizmetlerinden bir kısmının ihaleye çıkılmak suretiyle özel kesime yaptırılmasına imkân sağlayan bir düzenleme içerdiğinden, “Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak”, bunların hangi hizmetler olduğunun kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Dava konusu kuralın getirildiği değişiklikten önce mezkûr hizmetlerin açık bir şekilde sayılmak suretiyle kanunla belirlenmiş olmasına karşılık, değişiklik sonrasında birinci cümlede “personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler”den söz edilerek; ikinci cümlede de bu hizmet türlerinin Bakanlar Kurulunca belirleneceği hükme bağlanarak, bu hususların kanunla belirlenmesi yerine idarî düzenlemeye bırakıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan, kararın gerekçesinde, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin, kamu hizmetlerinin özünü oluşturan görevler kapsamında olmadığından, Anayasanın 128. maddesinde kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunlu kılınan “genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken aslı ve sürekli görevler” kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmekte ise de, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf sebebiyle idarelerin mevzuata göre istihdam etikleri personelin nitelik ve sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerin yanında “asıl işin bir bölümünde... kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini” de ihaleye çıkarak özel kesime gördürülebilecekleri anlaşılmalıdır. Şüphesiz bu da, düzenlemenin belirsizliği yönündeki düşüneyi haklı çıkarmaktadır.

Bu sebeplerle, anılan kurallar herhangi bir tereddütte yol açmayacak şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir bir düzenleme getirmediği gibi, mezkûr düzenlemede dikkate alınacağı belirtilen hususlar da belirlilik ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığının ve kanunla belirleme zorunluluğunun yerine getirildiğinin kabulü için yeterli görünmemektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralların Anayasanın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırılığından dolayı iptali gerektiği düşüncesiyle, red kararı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2014/177

Karar Sayısı : 2015/49

KARŞI OY

Davada, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 6552 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile değiştirilen 47. maddesinin birinci fıkrasının 1. cümlesinin iptali istenilmektedir.

İptali istenilen kuralda, memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakların, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, Bakanlar Kurulu kararı ile kamuya mal edilebileceği öngörülmektedir.

Eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kamuya mal edilmesi müessesesi hukuk sistemimize, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile girmiştir. Maddenin değişiklikten önceki halinde;

"Bir kararname ile memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya maledilebilir.

(Değişik: 21/2/2001 -4630/24 md.) Bu hususta karar verilebilmesi için eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması ve aynı zamanda yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağını tespit edilmesi gerekir.

Bu kararnamede:

1. Eser ve sahibinin adı;

2. Müktesep hakları ihlal edilen kimselere ödenecek bedel;

3. Mali hakları kullanacak makam veya müessese;

4. Verilen bedelin iftasından sonra elde edilecek safi karın hangi kültürel gayelere tahsis edileceği; yazılır."

hükümü yer almakta iken, 6552 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile yapılan değişiklikle;

“Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur.”

hükümünü içerir hale gelmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

Çoğunluk kararında da ifade edildiği üzere, mirasçılar yönünden ekonomik değer ifade eden eser sahipliğine bağlı hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile manevi haklarının kullanım yetkilerinin kamuya maledilmesinin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelerce kamuya sunulmasının sağlanmasında kamu yararına aykırı bir yön bulunmadığından dava konusu kuralla fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

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.

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

Dava konusu kuralla, “*mülkiyet hakkı*” kapsamında değerlendirilmesi gereken eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile bazı manevi haklarının kullanım yetkilerinin belli sınırlar içinde kamuya maledilmesiyle bir ölçüde mülkiyet hakkına sınırlama getirilmiş ise de anılan özgürlük tamamen ortadan kaldırılmadığı gibi bu özgürlükten yararlanmanın önemli ölçüde zorlaştırıldığından da söz edilemez. Zira kural, fikir ve sanat eseri üretimini engellemekte, sadece memleket kültürü bakımından önem taşıyanlarının, sahibinin ölümünden sonra kamuya maledilmesine olanak sağlamaktadır. Bu nedenle, dava konusu kural yönünden asıl tartışılması gereken mesele, sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM kararlarında, mülkiyet hakkından mahrum bırakma sonucunu doğuran her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kamulaştırma gibi malikin mülkiyet hakkını sonlandıran idari tasarruflarla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçsüz kılacaktır.

Dava konusu kural uyarınca kamuya maledilecek haklar, eser sahipliğinden doğan mali haklar ile manevi haklardan eser sahibinin ölümüyle 5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinde sayılan kişilere (eser sahibinin varsa ölümünden önce kullanım hakkını bıraktığı üçüncü kişiler; yoksa vasiyeti tenfiz memuru; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri) geçebilen, “*eser sahibinin eserini kamuya sunma, yayımlama zamanını ve tarzını tayin etme yetkisi*”, “*eseri, eser sahibinin adı veya müstear adıyla veya adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisi*” ve 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında düzenlenen koruyucu yetkilerden ibarettir. Kanun koyucu eser sahibinin mirasçılarının mali haklarını karşılamak üzere bunların münasip bir tazminat talep etme haklarını saklı tutmuştur. Dolayısıyla mirasçıların talep etmesi durumunda idarece kendilerine münasip bir bedel ödenmesi öngörüldüğünden kamuya maletme işlemi nedeniyle mirasçıların mali yönden bir kayba uğradıkları söylenemez.

Öte yandan, eseri kamuya sunmak ve eserde sahibinin adını belirtmek ile Kanun'da sayılan koruyucu davaları açmak gibi manevi haklardan doğan yetkiler de kamuya maledilmekte ise de kuralla manevi hakların bizzat kendisinin değil, kullanım yetkilerinin idareye devredilmesi öngörülmektedir. Manevi hakların kullanım yetkisinin kamuya maledilmesi, eser sahibinin kişilik haklarını zedelediği gibi, mirasçıların mali yönden herhangi bir kayba uğramalarına da sebebiyet vermemektedir.

Kaldı ki, kullanım yetkisi kamuya maledilen manevi haklar bir nere kullanılmakla tükenen haklardan olup eser sahibinin, sağlığında eseri kamuya sunmuş bulunması veya eserin hangi adla yayımlanacağını belirlemiş olması durumunda bu iki yetkinin, ölümünden sonra kullanılması mümkün olmadığı gibi dava konusu kural uyarınca esere ilişkin hakları kendisine geçen kurumca kullanılması da olanaksızdır.

5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasında işaret edilen yetkiler ise eser sahibinin eser üzerindeki haklarını koruyucu nitelikte yetkilerden ibaret olup Kanun koyucu, koruyucu yetkilerin kullanımını salt eser sahibinin takdirine bırakmamış, 19. maddenin son fıkrasıyla, eser sahibi tarafından kullanılmaması hâlinde birinci ve ikinci fıkralara göre salahi yetli olanlarca; bunların da bulunmaması veya kullanmak istememeleri hâlinde meşru bir menfaati bulunduğunu ispatlayan eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse tarafından; bunların da kullanılmaması hâlinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığınca kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, 5846 sayılı Kanun'un 14., 15. ve 16. maddelerinin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan yetkilerin kamuya maledilmesi, eser sahibinin mirasçılarının ekonomik bir imkandan mahrum kalmaları sonucunu doğurmadığı gibi, bunları eser sahibi yararına kullanacak kuruma da herhangi bir getiri sağlamamakta, aksine külfet yüklemektedir.

Tüm bunlar gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu kuralla mirasçılara öngörülemeyen ve aşırı bir yük yüklenmediği ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin açıkça orantısız olmadığı anlaşıldığından kuralda mülkiyet hakkını zedeleyen bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarz, biçim ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğü de düşüncenin ifade biçimlerinden biridir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle sanat özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Sanat özgürlüğü ifade hürriyetinin bir parçası olup, sanat eserinin oluşumu, tanıtımı, yayılması ve kamusallaşmasına yönelik faaliyetlerin, devlet veya devlet dışındaki üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın serbestçe yürütülebilmesini ifade etmektedir. Ayrıca bu özgürlük, sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, bu alanda araştırma yapma hakkını da içermektedir. Sanatsal işin kendisine ait olan her türlü eylemi gerçekleştiren kişilerin (sanatçıların) yanında, sanat eserini üçüncü şahıslara ulaştıran ve eserin kamusallaşmasını sağlayan kişiler de sanat özgürlüğünün süjesini oluşturmaktadır.

5846 sayılı Kanun'da sayılan ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri ile işleme ve derleme eserlerin birer sanat eseri olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunların meydana getirilmesi Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğünün kapsamına girmektedir.

Dava konusu kuralda, fikir ve sanat eserlerinin meydana getirilmesine yönelik herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Esasen, eser sahibi öldüğünden eserin oluşumuna müdahalede bulunulması fiilen mümkün de değildir. Kuralla fikir ve sanat eserine ulaşma

hakkına müdahalede bulunulduğu da söylenemez. Zira kural, eserin kamuya sunumuna yönelik herhangi bir engel öngörmemekte, aksine, kuralın içinde yer aldığı maddenin devamında eserin topluma ulaşacak şekilde yayımlanması zorunlu kılınmaktadır.

Öte yandan, çoğunluk kararında belirtildiğinin aksine, eserin kamuya sunuluş biçim ve araçlarıyla, ölçüsünün belirlenmesinin, mirasçılardan ifade özgürlüğünün bir parçası olarak görülmesi de mümkün değildir. Eserin kamuya sunulma biçim ve araçlarının belirlenmesi, mirasçı yönünden ekonomik bir değer taşımaktan öte bir anlam taşımamaktadır. Eserin içeriğindeki görüşlerin yayılması ifade hürriyeti kapsamında kalmakta ise de, bunun mirasçılardan ifade hürriyeti biçiminde anlaşılması olanaksızdır. Eserin kamuya sunulmuş biçim ve araçlarının belirlenmesinin, mirasçılardan ifade hürriyeti kapsamında görülmesi durumunda yetmiş yıllık koruma süresinin bitiminden sonra da bu hakkın münhasıran mirasçılara ait olduğunun kabulü gerekecektir. Zira ifade hürriyetinin yetmiş yıllık süreyle sınırlandırılması mümkün değildir.

Ayrıca, fikir ve sanat eserinin kamusallaşmasına aracılık eden kişilerin eser üzerinde doğrudan maddi ve manevi bir hakka sahip olmaları söz konusu olmayıp eser sahibinin veya mirasçıları ile diğer hak sahiplerinin izin verdiği ölçüde eserin üçüncü kişilere ulaşmasına aracılık etmektedirler. Dolayısıyla bunların sanat özgürlüğüne, daha geniş anlamda ifade özgürlüklerine müdahaleden söz edilebilmesi için hak sahibi ile aralarında kurulmuş bir hukuki ilişkiye müdahale edilmiş olması gerekmektedir. Dava konusu kuralla, hak sahibi ile aracı kişiler arasında kurulmuş olan hukuki ilişkilere müdahale söz konusu değildir. Dava konusu kuralla, eser sahibinin mirasçıları ile eserin kamuya ulaştırılması amacıyla hukuki ilişki kurma imkânının geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmış olması, aracı kişilerin ifade ve sanat özgürlüklerine müdahalede bulunulduğu anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüyle, kuralın iptali yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞI OY GEREKÇESİ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle 6331 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendi ile "*denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*", 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır.

30.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun amacı; iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi olarak belirtilmiştir (m.1). Kapsam itibariyle ise hiçbir ayırım yapmaksızın kamu ve özel sektöre ait tüm işlere ve işyerlerine, faaliyet konularına ve işçi sayısına bakılmaksızın, bu işyerlerinin işveren, işveren vekili, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına uygulanması öngörülmüştür (m.2). 6331 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile işveren ile çalışanların görev, yetki ve yükümlülükleri ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

İptali istenen kuralda, denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer halleri 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmaktadır. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti Kanun'larının yürürlükte olmadığı, diğer bir anlatımla Türk iç suları ve karasuları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında söz konusu araçlarda çalışan deniz adamlarının 6331 Kanun kapsamındaki iş sağlığı ve güvenliği rejiminden çıkarılması öngörülmektedir.

Bu kuralın ilk bakışta getirmiş olduğu muafiyet itibariyle, deniz adamlarını uluslararası taşımacılık kapsamında, açık denizlerde buldukları sürece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hak ve korumalardan yoksun bıraktığı sonucunu doğurduğu düşünülebilir. Ancak, 14.10.1970 tarihli ve 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesine (Gemi adamları) İlişkin ILO Sözleşmesi ile 8.6.1949 tarihli ve 92 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin ILO Sözleşmesi'nde taraf devletlere, deniz adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli ödevler yüklenmiştir.

Uluslararası sözleşmelerle getirilen bu yükümlülükler, uluslararası sularda farklı çalışma rejimlerine tabi, değişik ülke vatandaşlarını ve farklı hükümlerle rejimleri ile uluslararası hukuk normlarını ilgilendiren karmaşık olguları kapsadığından 6331 sayılı Kanun'un bu alanlarda doğrudan uygulanması imkânı bulunmamaktadır. 6331 sayılı Kanun, işveren ve iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu olanlara yüklenen ödevlerin uluslararası seyrüsefer sırasında uygulanması, işin mahiyeti, yani deniz taşımacılığının kendine özgü koşullarından kaynaklanan bir takım imkânsızlıklar barındırmaktadır.

Deniz araçlarının uluslararası seyrüsefer hâllerinin 6331 sayılı Kanun'dan istisna edilmesi, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde buldukları sürece, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan mahrum olacakları anlamına gelmemektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile deniz adamlarının uluslararası seyrüsefer hallerinde buldukları süre içinde, Anayasa tarafından teminat altına alınan hak ve korumalardan yararlanmalarını sağlayacak düzenlemelerden yoksun olduklarını iddia etmek mümkün görülmemektedir.

Öte yandan, Uluslararası deniz taşımacılığında seyrüsefer halleri dışında kalan süreç, hükümler alanı ve işyeri koşullarında 6331 sayılı Kanun yürürlükte ve etkin şekilde deniz adamlarını kapsamış bulunmaktadır. Seyrüsefer hallerine ilişkin süreç ve koşullarda ise Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla güvence altındadır. Kanun koyucunun sadece uluslararası seyrüsefer hallerine münhasır kıldığı muafiyet, Anayasal güvence ve 6331 sayılı Kanun'un genel amacına bir aykırılık teşkil etmekten çok, uygulanabilirliğinin bulunmaması, uluslararası rekabet ve Türk deniz taşımacılığının geliştirilmesi gayesinin bir sonucudur.

Gemi adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uluslararası hukukla getirilen güvenceler karşısında, 6331 sayılı Kanun'un uluslararası sularda uygulanmasındaki bir takım zorlukları dikkate alan kanun koyucunun, Türk deniz taşımacılığının rekabet gücünün olumsuz etkilendiği gerçeğini de gözeterek, Türk deniz araçlarının uluslararası sulardaki seyrüsefer hallerini Kanun'un kapsamı dışına çıkarmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığını düşündüğümden çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ