

"...

## **II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'A) MADDİ OLAY: Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde Teknik İşler ve Satın Alma memuru olarak görev yapan davacının, satın aldığı araca ilişkin (1) ay içinde ek mal bildiriminde bulunmaması sebebiyle verilen 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin Diyarbakır Valiliği tarafından tesis edilen 24.9.2009 tarih ve 2009/19 sayılı işlemin; cezaya konu aracı banka kredisiyle aldığı ve ödemenin devam etmesi sebebiyle mal varlığında kesin bir artış meydana gelmediği ileri sürülerek işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istenilmektedir.

### **B) İPTALİ İSTENEN KANUN MADDESİ:**

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin (D) bendinin (j) fıkrasında yer alan; 'Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak' hükmünün iptali istenilmektedir.

### **C) ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:**

#### **1- ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN:**

Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri 'suç ve cezalar arasında ölçülülük' ilkesidir. Buna göre, öncelikle yasakoyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlke, ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle 'Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. ... Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir.' 'Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasakoyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır.' Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hâkime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir. Yasakoyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasa'ya aykırı olacaktır.

İptali istenilen fıkra; 'belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak' kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirmektedir. 657 sayılı Yasada disiplin cezaları; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet Memurluğundan Çıkarma cezası olarak beş kategoride düzenlenmiştir. Maddedeki ceza sıralamasının en hafif olandan, en ağır olana şeklinde olduğu göz önünde tutulursa, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının ağır bir disiplin cezası olduğu söylenebilir. Nitekim

cezaı gerektiren diğey eylemlere bakıldığında (örneğin; (b) fıkrasında; özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek), sözü edilen disiplin cezasına konu edilen eylemlerin kamu görevlisi için, Devlet memurluğuyula ilişkisini kesebilecek nitelikte, ancak o kadar da ağır olmadığı söylenebilir. Şöyle ki 657 sayılı Yasanın Memurluğun Sona Ermesi başlığı altında yer alan 4. bölümde bulunan 94. maddesinde 'çekilme' konusu düzenlenmiş, buna göre; mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağı kuralına yer verilmiştir. Özürsüz ve kesintisiz 9 gün göreve gelmemek kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirirken, aynı şekilde 10 gün gelmemek ise Devlet memurluğundan çekilme sonucunu doğurmaktadır. Bu durum; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile, kamu görevlisi için ne kadar ağır sayılabilecek eylemlerin düzenlendiğini göstermektedir. İdareci olarak atanabilmek için aylıktan kesme cezası ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almamak koşulunun arandığı dikkate alındığında, bu cezanın ağır bir disiplin cezası olduğu söylenebilir.

Sözü edilen cezanın diğey disiplin cezaları arasındaki ağırlığı bu şekilde ortaya konulduktan sonra, bu ağırlıkla iptali istenilen fıkrada yer alan eylemin karşılaştırması yapılabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, fıkrada düzenlenen; 'belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak' eylemi 'şekli' bir suçtur. Şekli suçların kasıttan soyut olamayacağı bilinen ceza kuralıdır. Mal bildiriminde bulunmamak ya da süresi içerisinde bulunmamak eylemleri olayına özgü değerlendirilmelidir. Memurun görevini yerine getirirken kamu görevi yapmanın verdiği yetkiyi kullanarak elde etmiş olduğu malvarlığını bildirmeme veya geç bildirmedeki kastı ve buradaki eylemin ağırlığı ile memurun kredi ile almış olduğu bir aracı bir ay geçtikten sonra (örneğin 31. Günde) bildirmesi aynı derecede ağır değildir. Bu iki örnekte, eylemin ağırlığını belirleyen bildirilmeyen malın niteliği ile memurun bildirmeme ya da süresinden sonra bildirmedeki kastı oluşturmaktadır. İlk örnekte eylemin ağırlığının kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının gerektirdiği tereddütsüz söylenebilir ise de, ikinci örnekte aynı yargıya varmak haksızlık olur. Kanun koyucu iptali istenen fıkrayı, suistimalleri önlemek için en ağır hali düşünerek düzenlemiştir. Halbuki hiç bir kötü niyet olmaksızın memurun sırf dikkatsizliği, özensizliği ya da kayıtsızlığından dolayı basit bir edinim kanunda yer alan süreden bir veya iki gün sonra bildirilmiş olabilir. Ya da; yine hiç bir kötü niyeti olmaksızın beyanda bulunulması gereken edinimin hukuken hangi tarihte gerçekleştiğini memur bilemeyebilir. (Örneğin; rehinli araba ne zaman gerçekte edinilmiş sayılır) Bu gibi durumlarda da aynı cezanın verilmesi, suç ile ceza arasındaki orantısızlığın göstergesi olup, bu sebeple maddenin iptali gerekir.

## 2- ANAYASANIN 38. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz', denilerek 'suçun yasallığı', üçüncü fıkrasında da 'ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek 'cezanın yasallığı' ilkesi vurgulanmıştır.

'Suç ve cezanın yasallığı' ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı, gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ilişkin olmasını zorunlu kılar. Bu ilkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp, kuralların kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir.

Bununla birlikte ele alınabilecek bir başka hüküm; Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan 'belirlilik' ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İptali istenen fıkrada 'belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak' eylemi cezaya konu edilmekle birlikte, belirlenen durum ve sürelerin ne ya da neler olduğu ceza maddesinde açık ve net olarak düzenlenmemiştir. Her ne kadar 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda ve Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik de, hangi durumlarda ve hangi sürede mal bildiriminde bulunulması gerektiği düzenlenmiş ise de, sözü edilen 'belirlilik' ilkesi gereği, bu durum ve sürelerin, başka kanun ve yönetmeliklerde değil, cezanın verildiği madde içerisinde yer alması gerekmektedir. Cezaya konu eylemin oluşup oluşmadığının ya da hangi hallerde oluştuğu konusunun açıklığa kavuşması için ilgililer mevzuatı araştırma gereği duyuyorsa, bu ceza maddesinin açık ve net olduğundan söz edilemez.

Bununla birlikte, 3628 sayılı Kanunda yer almakla birlikte; hangi hallerin mal edinme sayıldığı ve hangi tarihte mal edinmenin gerçekleştiğinin tespiti noktasında da bir açıklık bulunmamaktadır. Maddi olayda olduğu gibi, kredi ile alınan dolayısıyla rehinli olan aracın, rehin kalktığında mı yoksa tescil tarihinde mi malın edinilmiş sayıldığı açıkça düzenlenmemiştir. Böyle bir durum kanunda açık ve net olarak düzenlenmeli ilgililerin hukuki yorumuna ve bilgisine bırakılmamalıdır. Yine; hisse senedi, tahvil, bono, gayrimenkul vs.nin hangi hallerde edinilmiş sayılacağı ve buna göre de bildirilmesi gerektiği konusu da ilgililerin hukuki yorum ve bilgisine bırakılmaktadır. Halbuki her bir mal çeşidine göre bildirim için geçerli olan sürenin hangi tarihte başlayacağını ceza maddesinin de net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İptali istenen fıkrada, bu şekilde bir açıklık bulunmadığından bu fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

#### **SONUÇ VE İSTEM:**

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin (D) bendinin (j) fıkrasında yer alan; 'Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak' ibaresinin iptali istemiyle dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve anılan yasa hükmünün iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, işbu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre dosyanın görüşülmesine, 10/02/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."