

“ ...

1) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 26 ncı Maddesiyle Değiştirilen 04.11.1983 Tarihli ve 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının Son İki Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak kabul edilmiştir.

Mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme) yetkilerini içerir.

Anayasal güvence altına alınan bu haktan, malik sıfatını taşıyan bütün gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir. Bu güvence, hukuk devletinin gereğidir; ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanması, Anayasanın 46 ncı maddesinde “kamulaştırma” olarak kurallaştırılmıştır. Anayasanın 46 ncı maddesinin birinci fıkrasında; “Devlet ve kamu tüzelkişileri, 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.” denilmektedir.

Buna göre kamulaştırma, bir taşınmazın kamu yararı amacıyla gerçek karşılığının peşin ödenmek şartıyla malikin rızasına dayanmaksızın kanununda gösterilen esas ve usullere göre elinden alınmasıdır.

Kamulaştırmanın esas ve usullerinin düzenlendiği 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Dördüncü Kısımının İkinci Bölümünde “Kamulaştırmadan vazgeçme ve geri alma” kuralları, kamulaştırmanın Anayasal dayanağını ve hukuksal meşruiyetini “kamu yararı”ndan aldığı ve malikin rızasına dayanmadığı gerçeğinden hareketle “İdarenin tek taraflı vazgeçmesi”, “Tarafların anlaşmasıyla vazgeçme ve devir” ve “Mal sahibinin geri alma hakkı” şeklinde üçlü bir sistematik içinde düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun “İdarenin tek taraflı vazgeçmesi” başlıklı 21 inci maddesinde, üstün kamu yararı ilkesinden hareketle idareye kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesine kadar ki kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırmadan tek taraflı olarak vazgeçme hakkı tanınırken; “Tarafların anlaşmasıyla vazgeçme ve devir” başlıklı 22 nci maddesinde, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisine lüzum kalmaması halinde, -taşınmazın malikin elinden üstün kamu yararına dayanarak rızası dışında alınması gerçeğinden hareketle- taşınmaz malikin önalm hakkı yasal güvence altına alınmış; “Mal sahibinin geri alma hakkı” başlıklı 23 üncü maddesinde ise, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan

idarece veya devir veya tahsis yapılan idarece, kamulaştırma veya devir amacına uygun hiçbir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, malik veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları tarihten itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte geri ödeyerek taşınmazı geri alma hakkı tanınmıştır.

6495 sayılı Kanununun 26 ncı maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 nci maddesinin “Tarafların anlaşmasıyla vazgeçme ve devir” şeklindeki madde başlığı “Vazgeçme, iade ve devir” şeklinde değiştirilirken; birinci fıkrasına 14.02.2013 tarihli ve 6427 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle eklenen “Kamulaştırılan taşınmaz malda, kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmasından sonra bu hüküm uygulanmaz.” şeklindeki son tümcesi ise, “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 taşınmazlar önceki mal sahibi veya mirasçularına iade edilmez. Bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz.” biçiminde değiştirilmektedir.

Böylece, kamulaştırmanın Anayasal dayanağını ve hukuksal meşruiyetini “kamu yararı”ndan aldığı ve taşınmazın malikin rızası dışında elinden alındığı hususları gözetilmeden, kamu yararı ihtiyacı ortadan kalkmasına ve taşınmaz kamulaştırma amacında kullanılmamasına rağmen, idareye taşınmaz üzerinde istediği tasarruflarda bulunma –bu bağlamda üçüncü kişilere satma- hakkı tanınırken; malikin taşınmazın rızası dışında elinden alınmasından kaynaklanan önalım hakkı ortadan kaldırılmakta ve önalım hakkından kaynaklanan hak arama yolları kapatılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 22.09.1993 tarihli ve E.1993/8, K.1993/31 sayılı kararında, “Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, taşınmaz malikin kamulaştırma yolu ile değiştirilmesinin nedeni, kamu yararının karşılanması zorunluluğunun, özel mülkiyet hakkının korunmasından daha üstün tutulmasıdır.” denildikten sonra, “Buna göre kamulaştırma yapıldıktan ve işin niteliği bakımından belli süre içinde taşınmaz malın kamu yararının gerektirdiği yönde kullanılmaya başlanılmamış olması durumunda kamu yararının zorunlu kıldığı gereksinimin kalmamış ya da gerçekleşmemiş olması sonucu doğmakta ve dolayısıyla kamulaştırmayı haklı gösteren neden ortadan kalkmış bulunmaktadır. Bu durumda özel mülkiyet hakkının korunmasını engelleyen neden ortadan kalkınca taşınmazın önceki malike geri verilerek mülkiyet güvencesi kuralına uyulması zorunluğu belirlemektedir.” denilmiş; devamında ise kamulaştırmaya, “Kamulaştırmada, bir yanda kamunun yararı, diğer yanda kamulaştırılan taşınmaz malikin hakları vardır. Bundan dolayı mülkiyet hakkının anayasal güvenceye bağlandığı bir hukuk düzeninde kamulaştırma yetkisi kullanılırken, karşılıklı hak ve yararların bağdaştırılması gerektiğine kuşku yoktur.” şeklinde Anayasal içerik kazandırmıştır.

Anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkın, Anayasanın öngörmediği şekilde ortadan kaldırılamayacağına duraksama yoktur. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasanın 13 üncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasanın 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum

düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Demokratik toplum düzeninin gereklerinden birisi de, sınırlamalarda hürriyetlerin özüne dokunulmamasıdır. Güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 07.11.1989 günlü ve E.1989/6, K.1989/42 sayılı kararı)

Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 19.04.1988 günlü ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı).

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 vurdurulmaması gerekir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü ve E.1999/33, K.1999/51 sayılı, 18.10.2012 günlü ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararları).

İptali istenen düzenleme, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçüsüz olduğu ve hakkı özünden zedelediği için, “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ni karşılayamamakta ve dolayısı ile mülkiyet hakkını Anayasanın 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırı biçimde ölçüsüzce sınırlandırmaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devletinin temel öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kazanılmış hakların korunması ve kamu düzeninin korunması için çıkarılan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerine uyulması ilkeleri yer almaktadır.

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 732 - 736 ncı maddelerinde düzenlenen ön alım hakkının Anayasanın 35 inci ve 46 ncı maddelerinden kaynaklanan karşılığı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 nci maddesinde ifadesini bulmaktadır.

Kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisine lüzum kalmaması halinde, taşınmaz malikinin önalım hakkını ortadan kaldıran ve önalım hakkından kaynaklanan hak arama yollarını kapatan iptali istenen düzenleme, adalet ve hakkaniyet ölçülerine uymadığı için Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 26 ncı maddesiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının “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 taşınmazlar önceki mal sahibi veya mirasçılara iade edilmez. Bu

taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz.” biçimindeki son iki tümcesi, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27 nci Maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununun 25 inci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanununun 27 nci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25 nci maddesine eklenen fıkrada, “Baraj, sulama şebekeleri ve boru hatları, karayolu, demiryolu, liman ve havaalanı gibi gelecek yıllara sari büyük projelerde kamu yararı kararı kamulaştırılacak taşınmazların bulunduğu mahalle ve/veya köy muhtarlığında on beş gün süre ile asılmak suretiyle ilan edilir. Kamu yararı kararının ilan süresinin bitiminden itibaren, kamulaştırılacak taşınmazlar üzerine yapılan sabit tesisler ile dikilen ağaçların bedeli, kamulaştırma bedelinin tespitinde dikkate alınmaz. Taşınmazlardaki bu sınırlama ilan tarihinin bitiminden itibaren beş yılı geçemez.” denilmektedir.

Anayasanın 46 ncı maddesinde düzenlenen ve temel ögesinin “kamu yararı” olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, kamu yararı için ve gerçek karşılığı peşin ödenmek koşuluyla malikin rızasına bakılmaksızın idarece kaldırılmasıdır.

Kamulaştırma Kanununa göre kamulaştırma süreci, idarelerce yeterli ödeneğin temin edilmesiyle başlamakta (md. 3/4); kamu yararı kararının verilmesi (md.5) ve onaylanmasıyla (md. 6) devam etmektedir.

2942 sayılı Kanun hükümlerine göre, kamu yararı kararının verilmiş ve onanmış olması, hukuken kesin bir karar ve yürütülebilir bir işlem değil; kamulaştırma sürecinin başlangıç safhasına ilişkin olan ve iptali için dava açılmayan bir hazırlık işlemidir.

Gerçekten de 2942 sayılı Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasında, “Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir.” kuralına yer verilmiştir.

Kamulaştırma Kanununun 10 uncu maddesine ve yukarıdaki kurala göre, kamulaştırma işlemi, kamulaştırmayı yapan idarece 2942 sayılı Kanununun 10 uncu maddesine göre açılan bedel tespiti ve tescil davasında, asliye hukuk mahkemesinin taşınmaz sahibine göndereceği meşruhatlı davetiye ile hukuken icra edilebilir aşamaya gelmekte ve bu aşamadan önce söz konusu işleme dayanak olan “kamu yararı” kararı da henüz kesinleşmemiş olduğundan, ancak bu aşamadan sonra iptal davasına konu oluşturabilmektedir.

Kaldı ki, 2942 sayılı Kanununun 21 inci maddesinde, idarelere kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili mercinin kararı ile kamulaştırmadan tek taraflı olarak tamamen veya kısmen vazgeçme yetkisi verilmiştir.

Yine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasında, “Hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi bakımından kamulaştırma işlemi, mal sahibi için 10 uncu madde uyarınca mahkemece yapılan tebligatla başlar.” denilirken; göndermede bulunulan 24.04.2001 tarihli ve 4650 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle değişik 10 uncu maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları;

“Mahkeme, idarenin başvuru tarihinden itibaren en geç otuz gün sonrası için belirlediği duruşma gününü, dava dilekçesi ve idare tarafından verilen belgelerin birer örneği de eklenerek taşınmaz malın malikine meşruhatlı davetiye ile veya idarece yapılan araştırmalar sonucunda adresleri bulunamayanlara, 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 28 inci maddesi gereğince ilan yoluyla tebligat suretiyle bildirerek duruşmaya katılmaya çağırır. Duruşma günü idareye de tebliğ olunur.

Mahkemece malike doğrudan çıkarılacak meşruhatlı davetiyede veya ilan yolu ile yapılacak tebligatta;

a) Kamulaştırılacak taşınmaz malın tapuda kayıtlı bulunduğu yer, mevki, pafta, ada, parsel numarası, vasfi, yüzölçümü.

b) Malik veya maliklerin ad ve soyadları,

c) Kamulaştırmayı yapan idarenin adı,

d) 14 üncü maddede öngörülen süre içerisinde, tebligat veya ilan tarihinden itibaren kamulaştırma işlemine idari yargıda iptal veya adli yargıda maddi hatalara karşı düzeltim davası açabilecekleri,

e) Açılacak davalarda husumetin kime yöneltileceği,

f) 14 üncü maddede öngörülen süre içerisinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal davası açanların, dava açtıklarını ve yürütmenin durdurulması kararı aldıklarını belgelendirmedikleri takdirde, kamulaştırma işleminin kesinleşeceği ve mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedeli üzerinden taşınmaz malın kamulaştırma yapan idare adına tescil edileceği,

g) Mahkemece tespit edilen kamulaştırma bedelinin hak sahibi adına hangi bankaya yatırılacağı,

h) Konuya ve taşınmaz malın değerine ilişkin tüm savunma ve delilleri, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde mahkemeye yazılı olarak bildirmeleri gerektiği,

belirtilir.

Mahkemece, kamulaştırılacak taşınmaz malın bulunduğu yerde mahalli gazete çıkıyor ise, bu mahalli gazetelerden birisinde ve Türkiye genelinde yayımlanan gazetelerin birisinde kamulaştırmanın ve belgelerin özeti en az bir defa yayımlanır.”

şeklinde kurallaştırılmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununa istisna düzenlemeler içeren 13 üncü maddesi ise, 24.04.2001 tarihli ve 4650 sayılı Kanunun 21 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış; yürürlükten kaldırmaya ilişkin olarak 4650 sayılı Kanunun “Genel Gerekçe”sinde ise,

“Kamulaştırma yapan idarelerce 13 üncü madde uyarınca yapılan tebligat, kamulaştırma bedelinin bloke edilmesi ve benzeri işlemlerin usulüne uygun yapılmadığı ve bunun da, kamulaştırma işlemlerine karşı ilgililerince idarî yargıda açılan iptal davaları sonucunda verilen kararlar ile kamulaştırma işlemlerinin iptal edildiği, bunun sonucu olarak da, idarelerin işlemlerinin ve yatırımlarının aksadığı;

(...)

Anılan Kanunda yapılan değişikliklerin gereği olarak, Kanunun 13 üncü maddesinin yürürlükten kaldırılması ...”

İfadelerine yer verilmiştir.

Tüm bunlara karşın, iptali istenen düzenlemede, 2942 sayılı Kanundaki kamulaştırma sistematığının değiştirilmiş olduğu ve 13 üncü maddesinin yürürlükten kaldırıldığı da gözetilmeden, kamu yararı kararının kamulaştırılacak taşınmazların bulunduğu mahalle ve/veya köy muhtarlığında on beş gün süreyle asılması durumunda ilan yapılmış olduğu varsayılmaktadır.

Hukumumuzda mahalle ve/veya köy muhtarlığında askı şeklinde resmi bir ilan sistemi olmamasının yanında çoğu mahalle ve köylerde ilan asılacağı mahalle ve/veya köy muhtarlığı şeklinde fiziki bir mekân da bulunmamaktadır. Mahalle ve/veya köy muhtarının oturduğu konutun, hukuken mahalle ve/veya köy muhtarlığı olarak nitelendirilemeyeceği ise açıktır.

Türkiye'nin arazisi engebeli çoğu bölgelerinde ve özellikle Karadeniz Bölgesinde, konutlar tarım arazilerinin üzerine yapıldığından, köy yerleşim alanı geniş bir alanı kapsamakta ve dolayısıyla köyün bir ucu ile diğer ucu arasında 5-10 km'ye varan mesafeler bulunmaktadır. Köy muhtarlığı gibi fiziki bir mekânın olmaması yanında, köylülerin ilan asılacağı muhtarın konutuna gitmeleri muhtar ile resmi veya gayri resmi bir işleri yok ise rastlantıya bağlıdır. Kaldı ki köylerde arazileri bulunan maliklerin büyük bir çoğunluğu köylerde değil, şehirlerde ve hatta büyük şehirlerde yaşamakta; ikametleri de yaşadıkları şehirlerde olduğundan bırakınız muhtarın konutunu köyün muhtarının kim olduğunu dahi bilememektedirler.

Hukuki gereklilikler bir yana tüm bu fiili ve fiziki imkansızlıklar gözetilmeden, iptali istenen düzenlemede, gelecek yıllara sari bazı büyük projeler için, hukuken kesin bir karar ve yürütülebilir bir işlem olmayıp kamulaştırma sürecinin hazırlık safhasına ilişkin olan ve iptali için dava açılmayan kamu yararı kararının, kamulaştırılacak taşınmazların bulunduğu (fiziken var olmayan) mahalle ve/veya köy muhtarlığında on beş gün süre ile asılması suretiyle ilanı, Anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkı için hukuki sonuç doğuran resmi tebligat işlemi sayılmakta ve kamulaştırılacak taşınmazlar üzerine ilan tarihinden itibaren beş yıl süreyle yapılacak sabit tesisler ile dikilen ağaçların bedelinin kamulaştırmada ödenmemesi

öngörülerek, malilik mülkiyet hakkından kaynaklanan taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmaktadır.

“Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.” (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 günlü ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararı).

Malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi, taşınmaz üzerine sabit tesis yapma ve ağaç dikme haklarını da kapsamaktadır. Tavukçuluk, mandıracılık, balık yetiştiriciliği gibi sabit tesisler, günümüzdeki teknoloji ile ortalama bir ay içinde yapılabilme ve yapıldıkları anda üretime geçme; modern meyve fidanları ise dikildiklerinden itibaren üç yıl içinde ekonomik ürün verme özelliği taşımaktadır. Beş yıl süre ile söz konusu tasarrufların kısıtlanması, mülkiyet hakkına açık bir tecavüzdür.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10.03.2009 tarihli, “Rimer ve diğerleri-Türkiye” kararında, Kanun’da orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanaklara karşı dava açmak için öngörülen sürenin ancak ilgili şahsın etkin ve yeterli bir şekilde bilgi sahibi olmasından sonra başlayabileceği, bu tutanakların köy kahvesinde ilan edilmesinin doğru ve gerektiği şekilde tebliğ için yeterli olmadığına karar vermiştir.

Anayasanın 35 inci maddesinde mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak düzenlenmiş; 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamayacağı belirtilmiş; 46 ncı maddesinde ise, kamulaştırmanın kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek karşılıklarının peşin ödenmek şartıyla yapılabileceği kurallaştırılmıştır.

Kamulaştırma işleminin hazırlık safhasına ilişkin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmayan ve hakkında dava açılmayan, 2942 sayılı Kanununun 21 inci maddesine göre ise kamulaştırmayı yapan idarece her zaman geri alınabilen kamu yararı kararının, usulüne uygun şekilde ilan da edilmeden, mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisine beş yıl süreyle

sınırlama getirilmesi, mülkiyet hakkını Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığından, Anayasanın 13 üncü ve 35 inci maddelerine; kamulaştırmanın gerçek karşılığı üzerinden yapılmasını önleyen işlev yüklenmesi ise Anayasanın 46 ncı maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesinin temel öğelerinden biri belirliliktir. İptali istenen düzenlemedeki kamu yararı kararı ve bunun ilan şekli, hukuki belirlilik içermediğinden, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Kamulaştırma sürecinde bir hazırlık işlemi olan, dolayısıyla icrai niteliği bulunmayan, hatta dava konusu dahi yapılamayan bir idari işlemin, hukuken yoklukla malul bir suretle ilanıya, mülkiyet hakkına sınırlamalar getirilmesi demokratik hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 27 nci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25 inci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 46 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 28 inci Maddesiyle 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununa Eklenen Geçici 8 inci Maddenin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanununun 28 inci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 8 inci madde ile 6495 sayılı Kanununun 26 ncı maddesiyle değiştirilen 2942 sayılı Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının, “Bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz.” şeklindeki son tümcesinin, geçici 8 inci maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmazların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmazların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı kuralı getirilmektedir.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi, hukuk güvenliğini sağlaması ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gerekleri arasındadır.

Hukuk güvenliğinin en basit şartı ve sade şekli ise, aleyhteki kanunların geriye yürümezliği ilkesidir.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem, işlem, ilişki ya da davranışın vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi olmaktan devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanunun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaması, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylar bakımından geçerli olması hukukun genel ilkelerindedir.

Anayasa Mahkemesinin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır.

“Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.” (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 günlü ve E.2008/80, K.2011/81 sayılı kararı).

“Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kamu yararı ve kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Ancak, kanun koyucunun kişilerin lehine yeni haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

Dava konusu kural ile kişilerin aleyhine olabilecek durumlar ayırt edilmeksizin, başka bir ifadeyle, subjektif hakları olumsuz yönde etkilenenler ayrık tutulmaksızın, 5998 sayılı Kanun hükümlerinin geçmişe etkili olarak uygulanacağı ve bu hükümlerin uygulanması nedeniyle haksız çıkan tarafa harç, yargılama gideri ve avukatlık ücreti yükletilemeyeceğinin kabul edilmesi, subjektif hakların ihlal edilmesine yol açabilecek nitelikte olduğu anlaşıldığından, bu durumun hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır.” (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 günlü ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararı).

Kamu yararı ihtiyacı ortadan kalkmasına ve taşınmaz kamulaştırma amacıyla kullanılmamasına rağmen, malikin taşınmazın rızası dışında elinden alınmasından kaynaklanan önalm hakkına ilişkin hak arama yollarını kapatan 2942 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasına eklenen kuralın, geçmişe yönelik olarak uygulanmasını ve bu bağlamda taşınmazların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmazların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılmış ve henüz kesinleşmemiş davalarda da uygulanmasını öngören düzenleme, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi hukuki istikrar ve hukuk güvenliği ilkeleriyle de bağdaşmadığından, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, malikler Anayasanın 36 ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine ve yürürlükte bulunan kurallara göre dava açarak dava gideri, harç ve vekâlet ücreti gibi masraflara katlanmışlardır. 2942 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde, idarenin kamulaştırmadan dava sırasında tek taraflı vazgeçmesi halinde, dava giderleri ve harç ile mahkemece maktuen takdir olunacak avukatlık ücreti idareye yükletilirken; yasanın yürürlük tarihinden önce açılmış ve fakat kesinleşmemiş davaları ortadan kaldıran düzenleme, Anayasanın 36 ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyetine aykırı olmanın

yanında, malikin yüklendiği masrafları malikin üzerine yıktığı için adil ve hakkaniyete uygun olmadığından ve kişilerin hukuk güvenliğini ortadan kaldırdığından, iptali istenen düzenleme bu açıdan da Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Kamu yararı ihtiyacı ortadan kalkmasına ve taşınmaz kamulaştırma amacıyla kullanılmamasına rağmen, malikin taşınmazın rızası dışında elinden alınmasından kaynaklanan önalım hakkına ilişkin hak arama yollarını kapatan 2942 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının uygulanması öngörülen son tümcesi, mülkiyet hakkının özünü demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için Anayasanın 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırı olduğundan; Anayasanın 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırı olan düzenlemenin açılmış davalarda geçmişe yönelik olarak uygulanmasını öngören iptali istenen düzenleme de aynı gerekçelerle Anayasanın 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 28 inci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 8 inci madde, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 36 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33 üncü Maddesiyle 09.10.2003 Tarihli ve 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 2 nci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanunun 33 üncü maddesiyle 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 2 nci maddesine eklenen fıkra ile Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevaplar Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışına çıkarılmaktadır.

Madde gerekçesinde ise, “ÖSYM tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamı dışına çıkarılması öngörülmektedir.” ifadesi dışında açıklayıcı hiçbir gerekçeye yer verilmemiş; ancak söz konusu Kanuna ilişkin Plan ve Bütçe Komisyonu Raporuna CHP’li üyeler Aydın Ayaydın (İstanbul), İzzet Çetin (Ankara) ve Musa Çam (İzmir) tarafından yazılan Karşı Oy yazısında yer alan, “Altkomisyon aşamasında ÖSYM yetkilisi bunun gerekçesi olarak ilerde yapılması düşünülen elektronik sınavlar için sorulara ihtiyaç duyulacağını, soruların paylaşılmaması durumunda soru havuzunun eksilmeyeceğini ve soru sayısını artırmanın da zor olmasını ileri sürmüştür.” ifadelerinden gerekçenin, soru havuzu oluşturmanın güçlüğünden bahisle ileride elektronik ortamda yapılacak sınavlarda aynı soruların tekrar sorulmasını teminen soru havuzunu gizli tutmak olduğu anlaşılabilir.

Ancak bu gerekçe doğru ve kendi içinde tutarlı olmadığı gibi gerçekçi de değildir ve hukuk devleti bağlamında ise kabul edilemez bir vahamete işaret etmektedir.

Öncelikle soru sayısını artırarak soru havuzunu genişletmek ileri sürüldüğü gibi zor olmasa gerekir. Milli Eğitim Bakanlığının “Milli Eğitim İstatistikleri Örgün Eğitim 2012-2013” istatistiklerine göre (T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, s. 13), Türkiye’de 2012-2013 Öğretim Yılında kadrolu olarak görev yapan 288.043 ilköğretim öğretmeni, 269.759 ortaöğretim öğretmeni; 2011-2012 Öğretim Yılında ise fakülte ve

yüksekokullarda 118.839 öğretim elemanı görev yapmaktadır. İlköğretim, ortaöğretim, önlisans ve lisans müfredatlarının genişliği ile öğretmen ve öğretim elemanı sayıları gözetildiğinde, her yıl her öğretmene beşer soru hazırlanması durumunda, ÖSYM'nin soru havuzunun bir yılda milyonu aşacağı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda müfredatın genişliği ve kapsayıcılığı ile öğretmen-öğretim elemanı sayıları göz önüne alındığında soru sayısını artırmanın zor olduğu iddiasının matematiksel olarak doğru olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kaldı ki, “zor” veya “kolay” kavramları görecelidir. Soru havuzu oluşturmak ÖSYM'nin asli görevleri arasında yer almasına ve kuruluş gerekçelerinden birini oluşturmasına rağmen, zor olduğu kabul edilse dahi, bu bakış açısına göre başta her ders için soru hazırlayan eğitim öğretim kurumları olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının görevlerinin zor olduğunu kabul etmek gerekir. Görevin zorluğu, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışına çıkarılmaya gerekçe oluşturacak ise, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının aksine ÖSYM'nin kuruluş gerekçesini oluşturan temel görev alanlarında dışarıdan hizmet alımı da yapabildiğine ve dolayısıyla zor görevini kolaylaştıracak alternatif çözümleri de var olduğuna göre, diğer kamu kurum ve kuruluşların “zor” görevlerinin de Kanunun kapsamı dışına çıkarılması gerekecektir. Oysa, bilgi edinme hakkının konusunu, kamu kurum ve kuruluşlarının görevleri gereği yaptığı faaliyetler oluşturmaktadır.

Öte yandan, ister kapalı ortamlarda yüzyüze, ister elektronik ortamlarda sanal yapılan sınavlarda, aynı soruların tekrar sorulması, sınavların ve sonuçlarının nesnelliğini şaibeli kılmanın yanında, sınav soru ve cevaplarının Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamından çıkarılması ile de çelişmektedir.

ÖSYM'nin kapalı ortamlarda yüzyüze yaptığı sınav sorularının, sınavın bittiği anda ve hatta daha sınav devam ederken, hazırlık dershanelerinin eline geçerek televizyon ekranlarında doğru cevapların ve yanlış soruların neden yanlış olduklarının tartışılmaya başlandığı son yıllarda yaşamaya başladığımız rutin gerçeğe arasındadır.

Sınav devam ederken, soruların hazırlık dershanelerinin elinde olması, olağan olmayan kriminolojik bir duruma işaret etse ve Siyasi İktidar bunların üstünü örtmeyi sürdürse de, sınav bittikten sonra soruların ve yanıtlarının televizyon ekranlarında tartışılması son derece olağandır. Çünkü, sınava yüzbinlerce öğrenci girmekte ve -soru kitapçığının salon dışına çıkarılmadığı veya ÖSYM çalışanları tarafından açık ya da örtülü şekilde servis edilmediği varsayımı altında dahi- bunlardan belleği güçlü olan öğrenciler soruları hatırlayabilmektedir. Kişilerin belleğine kilit vurulamayacağına göre, sınavlarda sorulan soruları gizli tutabilmek mümkün olamayacaktır. Bu durumda da, elektronik ortamda yapılacak sınavlarda aynı soruların tekrar sorulmasını teminen soru havuzunu gizli tutma gerekçesinin gerçekçi olmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan ileride sınavlar elektronik ortamda yapılacak ise, elektronik ortamda yapılan sınavda sorulan soruların hard disk, disk, CD, DVD, flash bellek ve benzerlerine kaydı veya yazıcı çıktısının alınması imkansız kılınsa dahi, sanal sınav ortamında soruların, başka bir kağıda sınava giren veya başkası tarafından el ile yazılması engellenemeyeceğine göre, elektronik ortamda yapılacak sınavlarda sorulan soruların ve cevaplarının sınav ortamı dışına taşınması için kişilerin belleğinin güçlü olmasına dahi ihtiyaç kalmamaktadır.

Durum bu kadar açık olmasına rağmen, sınavlarda sorulmuş soruların aynısının ileride yapılacak sınavlarda tekrar sorulacak olmasından söz edilmesi, ÖSYM'nin yapacağı sınavların şaibeli olacağı ve ölçme ve değerlendirme niteliğinin ortadan kaldırılacağı anlamına gelmektedir ki, Anayasal bir hukuk devletinde bunun kabul edilebilirliği söz konusu olamaz.

Dolayısıyla ileri sürülen gerekçenin gerçekliği, tutarlılığı ve geçerliliği bulunmamakta; bu durum düzenlemenin dile getirilmeyen başka amaçları olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, saklı amaç ve gizli gerekçe ne olursa olsun, düzenlemenin Anayasaya uyarlılığı bulunmamaktadır.

ÖSYM Başkanlığı ülkemizde merkezi düzeyde yapılması gereken sınavları düzenleyen, sınav sonuçlarına göre adayların ilgili kadrolara yerleştirme işlemlerini yapan kamu kurumudur. ÖSYM tarafından yapılan sınavlara ve sınavda sorulan sorulara ilişkin olarak yaşanan olumsuz deneyimler bu sınavlara ilişkin toplumsal denetimin önemini ortaya koymaktadır. Söz konusu denetimin yöntemi de anılan sınav soru ve cevaplarının toplum tarafından değerlendirilmesi, olası yanlışlık iddialarının da ÖSYM tarafından bilimsel yöntemlerle karşılanmasıdır. Bunu yapmak yerine soru ve yanıtları gizlemeye çalışmak, demokratik hukuk devleti ilkesinin bütünüyle dışındadır.

09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 1 inci maddesinde Kanunun amacı, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin usul ve esasları belirlemek olarak ortaya konmuştur.

Kanunun Genel Gerekçesinde ise,

“Demokrasinin ve hukukun üstünlüğünün gereklerinden olan bilgi edinme hakkı, bireylere daha yakın bir yönetimi, halkın denetimine açıklığı, şeffaflığı sağlama işlevlerinin yanı sıra halkın Devlete karşı duyduğu kamu güvenini daha yüksek düzeylere çıkarmada önemli bir rol oynamaktadır. Kullanılan bu hak sayesinde hem halkın Devleti denetimi kolaylaşmakta hem de Devletin demokratik karakteri güçlenmektedir.

Bilindiği üzere, kamu kurum ve kuruluşlarında açıklık ve şeffaflık kavramı, olumsuz olarak görülen gizlilik kavramının giderilmesi ile yönetilenlerin yönetenlerin işlem ve faaliyetlerini denetlemesinin sağlanması düşünceleri üzerine ortaya çıkmıştır. Demokratik ülkelerde, bilgi edinme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir.

Şeffaflık ve gizliliğin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kurum ve kuruluşların "bilgi verme ödevi", ikincisi ise, vatandaşların "bilgi edinme hakkı"dır.”

denilmiştir.

12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile “bilgi edinme hakkı” Anayasanın 74 üncü maddesine “Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.” şeklinde temel bir siyasi hak olarak girmiş; madde gerekçesinde ise, “Bireylerin, kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen iş ve işlemlerle ilgili olarak bilgi edinebilmesi, kamu yönetiminde şeffaflığın sağlanması bakımından büyük öneme sahiptir. Bilgi edinme

hakkı, bu konuda çıkartılan özel bir Kanunla düzenlenmiş bulunmasına rağmen, Anayasada bu hakkı doğrudan düzenleyen açık bir hüküm yer almamaktadır. Günümüz toplumunda büyük önemi haiz olan bu hakkın garanti altına alınmasının ileri bir adım olacağı düşünüldüğünden, maddede yapılan değişiklikte bilgi edinme hakkı, Anayasada açıkça düzenlenmektedir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu bağlamda hukukumuzda “bilgi edinme hakkı”, Anayasal güvence altına alınmış temel bir haktır. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının kuralları Anayasanın 13 üncü maddesinde, kötüye kullanılmamasının ölçüleri ise 14 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 36 ncı maddesinde, “Hak arama hürriyeti”ne, 74 üncü maddesinin birinci fıkrasında, “dilekçe hakkı”na, dördüncü fıkrasında ise “bilgi edinme hakkı”na yer verilmiştir. Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların, hak arama hürriyetinin ve bilgi edinme hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Sınavlarda sorulan soruların ve bunların cevaplarının, kamunun erişimine açık olmasında, sınavların şaibelerden uzak olması ile ölçme ve değerlendirmenin nesnelliği bağlamında sınava girenler yanında tüm yurttaşlar açısından kamu yararı bulunduğu da her türlü tartışmanın dışındadır.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışında olduğuna ilişkin kural, hak arama hürriyeti ve bilgi edinme hakkını, Anayasal bir gerekçeye dayanmadan ve uygulanabilirliği olmayacak şekilde, nedensiz, tutarsız ve ölçüsüzce sınırlandırarak demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayacak derecede hakkın özünü ortadan kaldırdığından Anayasanın 13 üncü, 36 ncı ve 74 üncü maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre 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, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı evrensel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Demokratik ülkelerde bilgi edinme hakkı, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bağlamında vazgeçilmez temel haklardan biri olarak kabul edilmektedir. Demokratik hukuk devleti ilkesini benimsemiş ülkelerde, bilgi edinme kişiler açısından temel bir hak, kamu kurum ve kuruluşları açısından ise asli bir yükümlülüktür.

Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışında olduğuna ilişkin kural, nedensiz yere ve adaletsiz bir şekilde temel bir insan hakkının kullanımını engellemeyi öngördüğünden Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 90 ıncı maddesinin beşinci fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmaların kanun niteliğinde olduğu; bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile dava açılmayacağı ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı kurala bağlanmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19 uncu maddesinde, "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar." denilirken; yine Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinin (1) numaralı 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..." denilmiştir; sınırlamanın ölçüsü ise (2) numaralı fıkrasında, "Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." şeklinde ortaya konmuştur.

Ayrıca, Avrupa Konseyi, 1977 yılında idari dokümanlara ve bilgilere erişim hakkının sağlanması için bir tavsiye kararı (No: 77-31, 28 Eylül 1977) almıştır. Konsey kararında yer alan ilkelerden biri de Bilgi Kaynaklarına Erişme (Acces) Hakkıdır. Bireylere tanınması gereken böyle bir hak, ilgililerin ve genel olarak kamuoyunun yönetimin elinde bulundurduğu bilgi, belge ve fişlere ulaşabilme imkânını ifade etmektedir (Tekin Akıllıoğlu, "Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", AİD, Cilt: 14, Sayı: 3, Eylül 1981, s.38-53.).

Avrupa Konseyi'nin 1981'de kabul ettiği bir diğer karar (no: 81-19, 25 Kasım 1981), özel olarak idari dokümanlara ulaşma hakkını düzenlemektedir. Bu karara göre, herkes, istediğinde yargı ve yasama organları dışındaki kamu otoritelerinin elindeki bilgileri elde edebilmelidir. Bilgilere erişim eşitlik temelinde sağlanmalı ve talep sahibi konuyla ilgili olmadığı gerekçeyle reddedilmemelidir.

Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin İyi İdare konusunda üye Devletlere CM/REC(2007)7 sayılı Tavsiye Kararı ve ekindeki İyi İdare Yasası'nın 10 uncu maddesi uyarınca, "İdare açıklık ilkesine uygun faaliyette bulunur./Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara uygun olarak resmi belgelere erişim hakkı tanır."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 23815/04 sayılı USLU-TÜRKİYE davasında, bir hükümlünün cezaevi revirinde yapılan muayenesinin ardından verilen doktor raporu ile revire kabul edildiğine dair yapılan kaydın birer kopyasını edinme talebinin reddedilmesini Sözleşmenin 8 inci maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir.

Bu bağlamda, Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışında olduğuna ilişkin kural, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19 uncu maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesiyle de bağdaşmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 33 üncü maddesiyle 09.10.2003 tarihli

ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 2 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 36 nci, 74 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 43 üncü Maddesiyle 22.06.2006 Tarihli ve 5525 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna Eklenen Ek 1 inci Maddenin;

a) Birinci Fıkrasındaki, “28/2/1997 tarihinden sonra ...” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanunun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci madde ile 28.02.1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanlardan 28.08.1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların tekrar memuriyete dönmeleri sağlanmaktadır.

28.08.1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, başlangıç tarihi belirtilmeksizin 23.04.1999 tarihinden önce işlenmiş (maddede yazılı) disiplin cezaları affın kapsamına alınırken; 22.06.2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde ise, “23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezaları” affın kapsamına alınmıştır.

Bu bağlamda, 4455 ve 5525 sayılı kanunlar ile 14.02.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş olan disiplin cezaları affedilmiştir.

Buna karşın, 6495 sayılı Kanunun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci madde ile 4455 ve 5525 sayılı kanunlardaki disiplin affından yararlananların tamamının değil, sadece 28 Şubat 1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanların tekrar memuriyete dönmeleri sağlanmaktadır.

Başka bir anlatımla, 4455 ve 5525 sayılı Kanunlar ile 28 Şubat 1997’den 14.02.2005 tarihine kadar verilmiş disiplin cezaları yanında 28 Şubat 1997 tarihinden önce verilmiş disiplin cezaları da affedilmiş olmasına rağmen; Siyasal İktidar, 28 Şubat 1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanların tekrar memuriyete dönmelerini sağlarken; 28 Şubat 1997 tarihinden önce verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanları ise, Kanunun kapsamı dışında tutmuştur.

Haksızlıkları gidermek bakımından Türkiye’nin siyasi tarihi 28 Şubat 1997’den başlamamakta, 12 Mart 1971’de Hükümetin istifa ettirilmesi yanında, 12 Eylül 1980’de darbe yapılarak Devlet yönetimine fiilen el konulması ve devamında bir devlet terörü uygulanması da Türkiye’nin siyasi tarihi içinde yer almaktadır. Bu süreçte sadece irticai faaliyet gerekçesiyle değil, bunun yanında aşırı sol faaliyet, aşırı sağ faaliyet, yasak yayın bulundurmak gibi ideolojik; açıklanmaması gereken bilgileri açıklamak gibi görevle bağlantılı; yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak gibi sosyal ve daha birçok gerekçelerle ve hatta “Kahramanmaraş Katliamı”nı protesto etmek gibi insani ve barışsever bir eyleme katılmak

gerekçesiyle 1402 sayılı Kanuna dayanılarak kamu görevlilerinin görevine son verilebilmiş; “güvenlik soruşturması” gibi bir hukuksuzlukla kişiler kamu görevine başlatılmamış; başlatılanlar adaylık dönemi içinde işten atılmıştır.

Siyasi İktidar ise, tüm bunları hiç yaşanmamış ve sadece 28 Şubat 1997’den sonra verilen disiplin cezalarıyla memuriyet görevine son verilenler mağdur edilmiş farz ederek, 4455 ve 5525 sayılı kanunlar ile 14.02.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş olan disiplin cezaları affedilmiş olmasına rağmen, 4455 ve 5525 sayılı kanunlara göndermede de bulunduğu halde, sadece 28 Şubat 1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanların tekrar memuriyete dönmelerini sağlayan yasal düzenleme yapmayı tercih etmiştir.

Yapılan düzenleme bir afyasası niteliğindedir. Anayasanın 87 nci maddesine göre genel ve özel af ilan etmek yasama organının yetkisi dahilindedir. Maddede herhangi bir ölçü de getirilmediğinden, affın kapsamını ve içeriğini belirlemenin Anayasaya ve hukukun temel ilkelerine uygun olmak kaydıyla yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, yönetimin hukuka bağlı olması, yönetenlerin şahsi ve keyfi iradelerinin değil, hukukun egemen olması anlamına gelmektedir. Devlet adına yetki kullananların yetkilerini hukuktan almaları ve hukuka uygun olarak kullanmaları yoluyla tüm bireylerin aynı muameleye tabi tutulması, keyfi ve farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve böylece birey haklarının güvence altına alınması düşüncesi hukuk devleti ilkesini ortaya çıkarmıştır. Hukuk devletinin öğeleri arasında, kamu düzeninin korunması için çıkarılan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerine uyulması ilkesi de yer almaktadır.

Aynı durumda olan bireyleri farklı muameleye tabi tutan, kişiler arasında keyfi olarak farklı uygulamalar öngören, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmayan kuralların hukuk devletinde yeri olamaz.

4455 sayılı Memurlar İle Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1 inci maddesiyle, başlangıç tarihi belirtilmeksizin 23.04.1999 tarihinden önce işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş (maddede yazılı) disiplin cezaları, 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanunun 1 inci maddesiyle ise, 23.04.1999 tarihinden 14.02.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş (maddede yazılı) disiplin cezaları affedilmiş olmasına rağmen; 6495 sayılı Kanunun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci madde ile 28.02.1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanlardan 4455 sayılı Kanun veya 5525 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların tekrar memuriyete dönmeleri sağlanırken, aynı durumda olan (28.02.1997 tarihinden önce verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılan ve 4455 sayılı Kanunla disiplin cezası affedilen) kişilerin kapsama alınmayarak farklı muameleye tabi tutulması, kişiler arasında keyfi olarak farklı uygulamalar yapılması anlamına geldiği ve bu farklı muamele ve keyfi uygulama adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmadığı için, iptali istenen “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğu; hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı; Devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları kurallarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararına göre, yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur ve 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. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

4455 sayılı Kanun ve 5525 sayılı Kanun ile ayırım yapılmaksızın 14.02.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş (maddelerde yazılı aynı) disiplin cezaları affedilmiş olduğuna göre, disiplin cezaları affedilen söz konusu kişilerin hukuksal durumları arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Hukuksal durumları aynı olan kişilerden, 28.02.1997 tarihinden sonra verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanların tekrar memuriyete dönmeleri sağlanırken; 28.02.1997 tarihinden önce verilen disiplin cezaları nedeniyle memuriyetten çıkarılanların kapsam dışında tutulması, hukuksal durumları aynı olan kişilerin farklı kurallara tabi tutulması anlamına geldiğinden, iptali istenen “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7 nci maddesinde, “Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır.” denilirken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 12 nolu Protokol’ün 1 inci maddesinin birinci paragrafında, hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı; 2. paragrafında ise, hiç kimsenin 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı ilkelerine yer verilmiştir.

6495 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin birinci fıkrasındaki, “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7 nci maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 12 nolu Protokol’ün 1 inci maddesinin birinci paragrafındaki ayrımcılık yasağı ilkesiyle bağdaşmadığından, iptali istenen “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi, Anayasanın 90 inci maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 43 üncü maddesiyle 22.06.2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin birinci fıkrasındaki, “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 90 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) İkinci Fıkrasındaki “ ... 1/1/1990 ile ...” İbaresini ile “... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ...” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanunun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin ikinci fıkrasıyla 657 sayılı Kanuna tabi aday memur statüsünde görev yapmakta iken 01.01.1990 ile ek 1 inci maddenin yürürlüğe girdiği tarih arasında 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle memurlukla ilişkisi kesilip asli memurluğa atanamayanların, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımaları koşuluyla kurumlarında daha önce işgal ettikleri aynı veya benzer unvanlı kadrolara iki ay içinde atanmaları öngörülmektedir.

657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinde “Uyarma” cezasını gerektiren fiil ve haller sıralanmış; (g) alt bendinde ise, “Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,” fiiline yer verilmiştir.

657 sayılı Kanunun “Adaylık devresi içinde göreve son verme” başlıklı 56 ncı maddesinde, adaylık süresi içinde temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj devrelerinin her birinde başarısız olanlarla adaylık süresi içinde hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumları, göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkilerinin kesileceği belirtilirken; “Adaylık süresi sonunda başarısızlık” başlıklı 57 nci maddesinde ise, adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkilerinin kesileceği ile adaylık devresi içinde veya sonunda, 56 ncı ve 57 nci madde hükümlerine göre ilişkileri kesilenlerin (sağlık nedenleri hariç) 3 yıl süre ile Devlet memurluğuna alınmayacakları kuralına yer verilmiştir.

Bu bağlamda ek 1 inci maddeyle, işyerinde “türban” taktıkları gerekçesiyle 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan “Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,” fiilinden dolayı 01.01.1990 tarihinden sonra uyarma cezası verilmiş ve bu disiplin cezası sebebiyle haklarında 657 Kanunun 56 ncı maddesi hükmü uygulanarak görevlerine adaylık döneminde son verilmiş veya aynı fiilden dolayı verilen uyarma cezası sebebiyle adaylık dönemi sonunda Kanunun 57 nci maddesi uygulanarak haklarında ilişik kesme işlemi uygulanmış olanların, 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımaları koşuluyla kurumlarında daha önce işgal ettikleri aynı veya benzer unvanlı kadrolara iki ay içinde tekrar atanmalarının sağlanması amaçlanmaktadır.

Ancak, affedilen eylem, 657 sayılı Kanunda disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve hallerin sayıldığı 125 inci maddesinin “Uyarma” cezasının verilmesini gerektiren fiil ve hallere ilişkin (A) bendinde sayılan sekiz fiil ve halden sadece biridir.

Söz konusu (A) bendi şöyle düzenlenmiştir:

“A - Uyarma: Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,

b) Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terketmek,

c) Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek,

d) Usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak,

e) Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,

f) Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak,

g) Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,

h) Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak.”

Yasa koyucu (A) bendinde sekiz alt bent halinde sıralanan fiil ve halleri aynı, eşit veya muadil ağırlıkta görerek “uyarma” cezasına konu etmiştir. Dolayısıyla bu fiil ve hallerin birbirinden ağır veya hafif herhangi bir yanı yoktur ve hepsi de eşit ağırlıktadır. Öngörülen disiplin cezası da “uyarma”dır. 6495 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci maddeyi düzenleyen irade, (g) alt bendini yürürlükten kaldırmadığına veya başka bir bent altında düzenlemediğine göre aynı ağırlıkta olduğunu kabul ediyor demektir. Bu bağlamda, aynı ağırlıkta oldukları için aynı “uyarma” cezasına konu oluşturan fiil ve hallerden sadece birinin af kapsamına alınırken, diğerlerinin kapsam dışında tutulması açık bir eşitsizliktir.

Diğer yandan, 657 sayılı Kanununun “Adaylık devresi içinde göreve son verme” başlıklı 56 ncı maddesine göre adaylık dönemi içinde veya “Adaylık süresi sonunda başarısızlık” başlıklı 57 nci maddesine göre adaylık dönemi sonunda, sadece 657 sayılı Kanununun 125 inci maddesinin (A) bendinde “uyarma” cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerden dolayı değil; 125 inci maddenin (B) bendinde sıralanan “Kınama”, (C) bendinde sıralanan “Aylıktan kesme”, (D) bendinde sıralanan “Kademe ilerlemesinin durdurulması” ve (E) bendinde sıralanan “Devlet memurluğundan çıkarma” cezalarını gerektiren fiil ve hallerden dolayı da aday memurların görevlerine son verilmektedir.

6495 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Kanuna eklenen ek 1 inci maddeyle, adaylık döneminde veya adaylık dönemi sonunda işyerinde türban taktıkları gerekçesiyle verilen disiplin cezası nedeniyle adaylık dönemi içinde veya adaylık dönemi sonunda görevlerine son verilenlerin 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel

şartları taşımaları koşuluyla tekrar memuriyete dönmeleri sağlanıyor ve 125 inci maddede beş bent halinde sıralanan fiil ve hallerden dolayı verilen disiplin cezalarının nihai müeyyidesi de, 657 sayılı Kanunun 56 ncı veya 57 nci maddelerine göre adaylık dönemi içinde veya sonunda memuriyete son verme ise, işyerinde türban taktıkları gerekçesiyle disiplin cezası verilip memuriyetine son verilenler ile başka bir cezayı gerektiren fiil ve haller nedeniyle verilen disiplin cezasından dolayı memuriyetlerine son verilenler arasında, verilecek disiplin cezasının ağırlığı açısından farklılık olsa da, disiplin cezasının nihai müeyyidesi bağlamında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü, nihai müeyyide adaylık dönemi içinde veya sonunda memuriyetten çıkarmadır. Bu bağlamda, adaylık dönemi içinde veya sonunda memuriyetten çıkarmayı gerektiren disiplin cezasına konu oluşturan fiil ve hallerden sadece bir tanesi af kapsamına alınırken, diğerlerinin tamamının kapsam dışında tutulması da açık bir eşitsizliktir.

Öte yandan, yasanın kapsamının 01.01.1990 tarihinden başlatılmasının nedeni ise, işyerinde “türban” takılması gerekçesiyle disiplin cezası verilmesi ve adaylık dönemi içinde veya sonunda memuriyetle ilişkinin kesilmesi uygulamasının Türkiye'nin gündemine 1990'dan itibaren girmiş olması; bu tarihten öncesine ait bir “türban” mağduriyetinin söz konusu olmamasıdır.

Ancak, Türkiye'de genelde kamu görevlileri, özelde ise aday memurlar açısından tek mağduriyet türban mağduriyeti olmadığı gibi mağduriyetlerin başlangıç tarihi de 01.01.1990 değildir.

Türkiye'de bir “Güvenlik Soruşturması” terörü yaşandığı, kimsenin inkar edemeyeceği yüksek yargı ve hatta Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımış bir gerçektir.

“Güvenlik Soruşturması” kavram olarak, 12 Eylül Darbesinin eseri olan 22.07.1981 tarihli ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkındaki Kanun ile hukuk sistemine girmiştir. 2495 sayılı Kanunun 15 inci maddesiyle fabrika, işyeri, banka gibi özel kuruluşların sabotaj, yangın ve zorla işten alıkoyma (kanunsuz grev vb.) türünden saldırılara karşı korunmaları amacıyla silahlı güvenlik örgütü kurmaları zorunlu kılınmış ve “özel güvenlik teşkilatına alınması ilgili kuruluşça istenen personel hakkında Emniyet Müdürlüğüne gerekli güvenlik soruşturması yapıldıktan sonra uygun görülenlerin” valinin onayı üzerine özel güvenlik kuruluşunca işe alınması öngörülmüştür.

Bunu, 18.05.1983 tarihli ve 83/6750 sayılı BKK ile yürürlüğe giren “Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Daimi Kadrolarına İlk Defa İşçi Olarak Alınacaklar Hakkındaki Sınav Yönetmeliği”nin 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendiyle getirilen, “Kuruluşunca hakkında güvenlik soruşturması yapılmış olma” koşulu izlemiştir.

İşçiler ile başlatılan Güvenlik Soruşturması, ortada bir yasa dahi olmamasına rağmen, süreç içinde yönetmelik, genelge ve yönergelerle her türlü kamu görevine girmede, pasaport alımında, öğrenim amacıyla yurtdışına gönderilecek öğrencilerde, özel eğitim kurumları ile kreşlere öğretmen alımlarında, hatta dağcı rehberler ile havaalanlarında görev yapacak gazetecilerde, araç sürücü ehliyeti ve spor-toto bayiliği ile telefon alımında dahi aranan bir nitelik haline getirilmiştir.

Özal Hükümeti ise, değişik yönetmelik, genelge ve yönergelerde yer alan düzenlemeleri bir araya getirerek hukuki karmaşaya son vermek amacıyla 1986 yılında Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği çıkarmıştır.

Ancak, Yönetmelik Resmi Gazetede yayınlanmayarak gizli tutulmuş ve hatta güvenlik soruşturması mağdurlarının açtıkları iptal davalarında idare mahkemelerinin taleplerine rağmen, mahkemelere dahi sunulmamıştır. Danıştay, Yönetmeliğin Resmi Gazetede yayınlanmamasını -ve dolayısıyla Yönetmeliği uygulayacak olan idareler dışında muhataplarının bilgisine sunulmamasını- hukuki geçerliliği olan düzenleyici bir işlem niteliği kazanmadığı gerekçeleriyle iptal etmiş; iptal kararı da Resmi Gazetede yayınlanmamıştır.

08.03.1990 tarihinde yeni bir Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği hazırlanarak yürürlüğe konmuştur. Ancak, söz konusu Yönetmelikte herhangi bir yasal dayanak gösterilmediğinden, yürürlüğe kaynağını yasadan almayan bir yönetmelik konulmuştur.

1994 yılına gelindiğinde ise, 26.10.1994 tarihli ve 4045 sayılı “Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” çıkarılmıştır.

4045 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle, “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, kamu kurum ve kuruluşlarında yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile askeri, emniyet ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel ile sınırlandırılarak yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Geçici 1 inci maddesinde, “12.09.1980 tarihinden sonra bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarında açılan kamu görevine ve işçiliğe giriş sınavlarını kazanıp da haklarında yapılan güvenlik soruşturması sonucunda sakıncalı olduğunun bildirilmesi nedeniyle göreve veya işe alınmayanlar ile alındıktan sonra göreve veya işine son verilenler, ilgili mevzuatında veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen niteliklerin kaybedilmemiş olması koşuluyla yaş şartı aranmaksızın bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarınca açılacak sınavlara, önceki güvenlik soruşturmaları dikkate alınmaksızın katılabilirler.” denilerek; güvenlik soruşturması mağdurlarının kamuda işe girmek için tekrar sınava girmeleri öngörülür iken;

Geçici 2 nci maddesinde, “1402 numaralı Sıkıyönetim Kanunu ile ek ve değişikliklerine göre 12.9.1980 tarihinden başlayarak sıkıyönetim komutanlıklarının istemleri üzerine, bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetlerinin yararlı olmaması nedeniyle bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmamak üzere görevlerine son verilenler, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için ilgili mevzuatında veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen nitelikleri yitirmemiş olmaları ve bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde müracaatları halinde yaş koşulu aranmaksızın ve emeklilik yaş haddinin aşılmamış bulunması koşuluyla, görevlerine son verildikleri tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit derecenin aynı kademesinden, ayrıldıkları tarihteki eski görevlerine veya eşdeğer bir göreve, başvurma tarihinden itibaren en geç 60 gün içinde iade edilirler. Bu suretle göreve ve işe alınanlarla iade edilenlere, geçmişe

yönelik olarak aylık ve diğer özlük hakları verilmez ve açıkta geçen süreleri değerlendirilmez.” denilerek; 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa göre sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine görevlerine son verilenlerin görevlerine dönmeleri sağlanmıştır;

Geçici 3 üncü maddesinde ise, “3713 numaralı terörle mücadele Kanununun 23 üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununun 140, 141, 142 ve 163 üncü maddeleri kapsamına giren fiillerden dolayı yargılanarak mahküm olmaları nedeniyle görevlerine son verilen memurlar ve diğer kamu görevlileri ile toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre iş sözleşmeleri feshedilmiş olan işçiler ilgili mevzuatında veya toplu iş sözleşmelerinde göreve ve işe alınma için öngörülen niteliklerin yitirilmemiş ve emeklilik yaş haddinin aşılmamış bulunması koşuluyla, kurumlarına bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde müracaatları halinde, görevlerine son verildikleri tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit derecenin aynı kademesinden başlatılmak üzere, ayrıldıkları tarihteki eski görevlerine veya eşdeğer bir göreve başvurma tarihinden itibaren en geç 60 gün içinde iade edilirler. Mahkum olsun veya olmasın bu fiilleri nedeniyle verilmiş olan disiplin cezaları bütün sonuçlarıyla birlikte kaldırılır. Bu suretle göreve ve işe alınanlara geçmişe yönelik olarak aylık ve diğer özlük hakları verilmez ve açıkta geçen süreleri değerlendirilmez. Bu konu ile ilgili olarak yargıya intikal etmiş olanlardan henüz haklarındaki yargı kararı kesinleşmemiş olanlar hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanır.” denilerek siyasi suçlardan dolayı mahkum olanların görevlerine dönmeleri sağlanmıştır.

Ancak, geçici 1 inci maddede, güvenlik soruşturması nedeniyle göreve ve işe başlatılmayanlara getirilen yeni sınav şartı Anayasa Mahkemesinin 21.05.1998 gün ve E.1997/29, K.1998/19 sayılı kararıyla işçiler yönünden, “Yasa'nın geçici 1. maddesinde, haklarında yapılan güvenlik soruşturması sonucunda sakıncalı olduğunun bildirilmesi nedeniyle göreve ve işe alınmayanlar ile alındıktan sonra görevlerine ve işine son verilenlerin, ilgili mevzuatlarında veya toplu iş sözleşmelerinde öngörülen nitelikleri kaybetmemeleri koşuluyla yaşlarına bakılmaksızın açılacak sınavlara katılarak başarılı olmaları halinde yeniden göreve ve işe alınmalarının öngörülmesine karşın, geçici 2. maddesinde, sıkıyönetim komutanlıklarının istemleri üzerine görev ve işine son verilen geçici 3. maddesinde de, Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 140., 141., 142. ve 163. maddeleri kapsamına giren fiillerden yargılanarak hüküm giymeleri nedeniyle görevlerine son verilen, memurlar ve diğer kamu görevlileri ile işçiler için sınava girerek başarılı olma koşulu aranmaksızın görevlerine ve işlerine alınmalarına olanak sağlanmıştır.

Değişik mercilerin farklı nedenlere dayanan kararlarıyla sakıncalı görülerek görev ve işlerine son verilenler bu sakıncalı durumun kaldırılmasıyla aynı hukuksal konuma getirilmiş olmaktadır. Anayasanın 13. maddesindeki nedenler bulunmadan aynı durumda olan bu kişilerin görev ve işe alınmalarında farklı koşullara bağlı tutulmalarını öngören itiraz konusu kuralın Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olması” gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Öte yandan aynı sınav şartı ve geçici 1 inci maddenin tamamı, Anayasa Mahkemesinin 17.03.2004 gün ve E.2001/390, K.2004/35 sayılı kararı ile ise kamu görevlileri yönünden yine Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve Kararda ayrıca, “Kanun'un 1. maddesinin iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe

girmesi uygun görülmüştür.” denilerek, güvenlik soruşturması sonucunda sakıncalı olduğunun bildirilmesi nedeniyle göreve ve işe başlatılmayanlar ile başlatıldıktan sonra görevlerine ve işine son verilenlerin, doğrudan göreve ve işe başlatılmalarını sağlayacak yasal düzenleme yapması için yasakoyucuya kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından itibaren bir yıl süre verilmiştir.

Söz konusu Karar, 30.04.2004 tarihli ve 25448 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve yasakoyucuya verilen süre 30.05.2005 tarihinde dolmuş ve fakat Siyasi İktidar, Anayasa Mahkemesi kararına rağmen, sınav sonucu kazandıkları görev ve işlere, güvenlik soruşturması nedeniyle başlatılmayan veya başlatıldıktan sonra görev ve işlerine son verilenlerin sınav şartı aranmaksızın görev ve işlerine başlamalarını sağlayacak yasal düzenlemeyi yapmamış; bağlayıcı Anayasa Mahkemesi kararına rağmen, yasakoyucu güvenlik soruşturması mağdurlarının mağduriyetini gidermezken, sadece türban mağdurlarının mağduriyetini gidermeyi tercih etmiştir.

6495 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddesiyle yapılan düzenleme bir af yasası niteliğindedir. Anayasanın 87 nci maddesine göre genel ve özel af ilan etmek yasama organının yetkisi dahilindedir. Maddede herhangi bir ölçü de getirilmediğinden, affın kapsamını ve içeriğini belirlemenin Anayasaya ve hukukun temel ilkelerine uygun olmak şartıyla yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu kabul etmek gerekir.

Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, yönetimin hukuka bağlı olması, yönetenlerin şahsi ve keyfi iradelerinin değil, hukukun egemen olması anlamına gelmektedir. Devlet adına yetki kullananların yetkilerini hukuktan almaları ve hukuka uygun olarak kullanmaları yoluyla tüm bireylerin aynı muameleye tabi tutulması, keyfi ve farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve böylece birey haklarının güvence altına alınması düşüncesi hukuk devleti ilkesini ortaya çıkarmıştır. Hukuk devletinin öğeleri arasında, kamu düzeninin korunması için çıkarılan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerine uyulması ilkesi de yer almaktadır.

Aynı durumda olan bireyleri farklı muameleye tabi tutan, kişiler arasında keyfi olarak farklı uygulamalar öngören, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmayan kuralların hukuk devletinde yeri olamaz.

657 sayılı Kanununun 125 inci maddesinin (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan “Belirlenen kılık ve kıyafet hükümlerine aykırı davranmak,” fiilinden dolayı 01.01.1990 tarihinden sonra uyarma cezası verilmiş ve bu ceza sebebiyle görevlerine 657 Kanununun 56 ncı maddesine göre adaylık döneminde veya 57 nci maddesi uygulanarak adaylık dönemi sonunda son verilmiş olanlar, 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel şartları taşımaları koşuluyla tekrar göreve başlatılırken; yasa koyucunun aynı ağırlıkta değerlendirerek uyarma cezasına konu ettiği (A) bendinin diğer alt bentlerinde sayılan fiil ve hallerden dolayı disiplin cezası verilerek 657 sayılı Kanununun 56 ncı veya 57 nci maddelerine göre 01.01.1990 tarihinden önce veya sonra adaylık dönemi içinde veya adaylık dönemi sonunda görevlerine son verilenlerin; yine aynı şekilde 657 sayılı Kanununun 125 inci maddesinin (B), (C) (D) ve (E) bentlerinde sıralı fiil ve halleri işledikleri için verilen disiplin cezasından dolayı 56 ncı ve 57 nci maddelerine göre 01.01.1990 tarihinden önce veya sonra adaylık dönemi içinde veya

adaylık dönemi sonunda görevlerine son verilenlerin; yine aynı şekilde göreve başladıktan sonra 01.01.1990 tarihinden önce veya sonra adaylık dönemi içinde “Güvenlik Soruşturması” gerekçesiyle görevlerine son verilenlerin Kanunun kapsamı dışında tutularak farklı muameleye tabi kılınmaları, kişiler arasında keyfi olarak farklı uygulamalar yapılması anlamına geldiği ve bu farklı muamele ve keyfi uygulama adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmadığı için, iptali istenen “... 1/1/1990 ile ...” ibaresi ile “... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ncı ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ...” ifadesi, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğu; hiçbir kimseye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı; Devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları kurallarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararına göre, yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur ve 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. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin (A) bendinde sıralı fiil ve hareketlerin tamamı aynı ağırlıkta olmaları nedeniyle “uyarma” cezasına konu oluşturmuş; (A) bendi yanında, (B), (C), (D) ve (E) bentlerinde sıralı fiil ve hallere öngörülen disiplin cezaları da “uyarma” cezası gibi 657 sayılı Kanunun 56 ncı ve 57 nci maddelerine göre adaylık dönemi içinde veya adaylık dönemi sonunda memuriyetle ilişkilerin kesilmesiyle sonuçlanmış; “Güvenlik Soruşturması” gerekçesiyle de aday memurların görevlerine son verilmiş ise, hukuksal yaptırım adaylık dönemi içinde veya sonunda memuriyetten çıkarılma gibi muhatapları açısından aynı hukuksal sonucu doğuran disiplin cezasını gerektirir farklı fiil ve haller arasında ve bu fiil ve haller ile “Güvenlik Soruşturması” arasında kişilerin muhatap oldukları hukuksal durum açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Hukuksal durumları aynı olan kişilerden, işyerinde türban takma fiilinden dolayı almış olduğu “uyarma” cezası nedeniyle 01.01.1990 tarihinden sonra adaylık dönemi içinde veya adaylık dönemi sonunda memuriyetle ilişkileri kesilenlerin tekrar memuriyete dönmeleri sağlanırken; aynı ağırlıktaki fiil ve hallerden dolayı uyarma cezası veya farklı ağırlıktaki fiil ve haller nedeniyle diğer cezalar alması nedeniyle veya aynı sonucu doğuran “güvenlik soruşturması” gerekçesiyle 01.01.1990 tarihinden önce veya sonra adaylık dönemi içinde veya adaylık dönemi sonunda memuriyetle ilişkileri kesilenlerin kapsam dışında tutulması, hukuksal durumları aynı olan kişilerin farklı kurallara tabi tutulması sonucunu doğurduğundan iptali istenen “... 1/1/1990 ile ...” ibaresi ile “... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ...” ifadesi, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır.

Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7 nci maddesinde, "Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır." denilirken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 12 nolu Protokol'ün 1 inci maddesinin birinci paragrafında, hukuken temin edilmiş tüm haklardan yararlanmada, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanacağı; 2. paragrafında ise, hiç kimsenin 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçeyle, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmayacağı ilkelerine yer verilmiştir.

6495 sayılı Kanunun 43 üncü maddesiyle 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin ikinci fıkrasındaki, 1/1/1990 ile ..." ibaresi ile "... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ..." ifadesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7 nci maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 12 nolu Protokol'ün 1 inci maddesinin birinci paragrafındaki ayrımcılık yasağı ilkesiyle bağdaşmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 43 üncü maddesiyle 22.06.2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin ikinci fıkrasındaki 1/1/1990 ile ..." ibaresi ile "... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ..." ifadesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 59 uncu Maddesiyle 13.12.1983 Tarihli ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanunun 59 uncu maddesiyle 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine eklenen fıkrada, "Bakanlık merkez teşkilatında daire başkanı, genel müdür yardımcısı ve başkan yardımcısı veya taşra teşkilatında defterdar kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Maliye Uzmanı kadrosuna atanabilir." denilmektedir.

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;

12.05.2001 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 nci ve 36 ncı maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 06.04.2006 tarihli ve E.2003/112, K.2006/49 sayılı kararı).

09.02.2006 tarihli ve 5456 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 02.07.1993 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 (1) 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 Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden 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 malî hakları toplamının net tutarı; Müşavirlik kadrolarına atanmadan önce en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî 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 nci ve 36 ncı maddelerine aykırı bularak Haşim Kılıç'ın karşı oyu ve OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.02.2010 tarihli ve E.2007/97, K.2010/32 sayılı kararı).

21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6 ncı maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen geçici 57 nci maddesinin, “Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî 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 yasadaki öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir.” gerekçesiyle Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bularak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 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 nci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen geçici 12 nci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 nci 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 kapanıncaya 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 17.01.2013 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 etkileneyeceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

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

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 işleme 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 nitekim 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 sübjektif 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 görülmüyordu.

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 yasadan 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, 09.10.1979 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 temelinin 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, Maliye Bakanlığı merkez teşkilatında daire başkanı, genel müdür yardımcısı ve başkan yardımcısı veya taşra teşkilatında defterdar kadrolarında toplam en az üç yıl hizmet yapmış olanların tamamının Maliye Uzmanı kadrolarına atanmasını öngörmemektedir. Çünkü, Maliye Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek

bir görev değil, Maliye Uzmanları Maliye Bakanlığı teşkilatında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunanların atanmalarını, bunların da tamamının değil, “atanabilir” ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

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, aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda Siyasal İktidarın ideolojisine ters düşenlerin, Maliye Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasanın 2 nci 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 bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir. Daire başkanı, genel müdür yardımcısı, başkan yardımcısı ve defterdar 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, 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 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70 inci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Maliye Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 36 ncı 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 daire başkanı, genel müdür yardımcısı, başkan yardımcısı ve defterdar kadrolarında iken, Maliye Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

Maliye Bakanlığının merkez teşkilatında daire başkanı, genel müdür yardımcısı ve başkan yardımcısı veya taşra teşkilatında defterdar kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Maliye Uzmanları gibi 3600 puandır.

Fakat, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren “Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar”da Genel Müdür Yardımcısı, Başkan Yardımcısı, Daire Başkanı ve Defterdara en yüksek Devlet memuru aylığının % 210’u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Uzmanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı ise % 130’dur.

Öte yandan, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK’ye ekli cetvellerden, (I) sayılı Ek Ödeme Oranları Cetvelinde, Genel Müdür Yardımcısı ile Başkan Yardımcısına % 190, Daire Başkanı ve Defterdara % 185, Uzmanlara ise % 140 oranında ek ödeme öngörülürken; (II) Sayılı Cetvelde Genel Müdür Yardımcısı, Başkan Yardımcısı, Daire Başkanı ve Defterdara 54.300 puan Ücret Göstergesi ile 30.000 puan Tazminat Göstergesi; (III) Sayılı Cetvelde ise Uzmanlara 46.500 puan Ücret ve 25.560 puan Tazminat göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, Maliye Bakanlığının merkez teşkilatında daire başkanı, genel müdür yardımcısı ve başkan yardımcısı veya taşra teşkilatında defterdar kadrolarında bulunanların, Maliye 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.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 59 uncu maddesiyle 13.12.1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 36 ncı ve 70 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (h) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendi ile Değiştirilen 11.10.2011 Tarihli ve 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü Maddesinin Yedinci Fıkrasının (c) ve (ç) Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

663 Sayılı KHK’nin 23 üncü maddesinde, Sağlık Hizmetleri Kurulunun oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları ile sağlık meslek mensubuna uygulanacak yaptırımlar düzenlenmektedir. 23 üncü maddenin (7) numaralı fıkrasının (c) ve (ç) bendleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 14.02.2013 tarihli ve E.2011/150, K.2013/30 sayılı kararı).

İptal kararının gerekçesinde dava konusu kurulların, sağlık meslek mensuplarının meslekten geçici men ve meslekten men edilmesini gerektiren fiiller ile bu fiillere uygulanacak

yaptırımlara ilişkin hükümleri içerdiği, Anayasanın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38 inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken suç ve cezalara ilişkin hükümlerin Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.

663 Sayılı KHK'nin değişik 23 üncü maddesinin (7) numaralı fıkrasının (c) ve (ç) bendlerinde, sağlık meslek mensuplarının meslekten geçici veya sürekli men cezası verilmesini gerektirecek fiiller, açıklık ve kesinlik ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiştir.

Bendlerde suç sayılan fiiller “meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin engelliliğine ya da ölümüne sebebiyet verme” olarak tanımlanmıştır.

Oysa tıp alanında pek çok tanı ve tedavi hizmeti “komplikasyon” olarak adlandırılan riski içinde barındırmaktadır. Bununla birlikte hastalığın tedavi edilmemesinin hastanın yaşamı için daha riskli olduğu durumlarda hekimler uygulamada bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri öngörmekle birlikte hastanın rızasını da alarak bu risklere karşın tedaviyi gerçekleştirebilmektedir. Doktrinde bu durum, “Tıp hukuku alanında bilinçli taksir, öğreti ve kanunda yapılan tanımlar bire bir göz önünde bulundurulacak olursa, hekimin her tıbbi müdahalesinde söz konusu olacaktır. Gerçekten de hekim tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelebilecek olumsuz neticeleri de çoğu kez öngörmektedir. Bu nedenle bilinçli taksirin hekimin tıbbi müdahalesinde kabulü için ilave bir takım koşulların aranması gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksiri kabul etmek gerekecektir.” (Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.320-321) şeklinde ifade edilmektedir.

Öte yandan, “görevinin gereklerine aykırı hareket veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek” ifadeleri, tıp bilimi ve hukuku ile hekimlik mesleği açısından özellikle cerrahi operasyonlarda açıklığa ihtiyacı olan kapalı ve muğlak ifadelerdir.

Bu bağlamda cerrahi bir operasyonda “bistüri”nin kayması, görevinin gereklerine aykırı hareket etme şeklinde nitelendirilmeye açık bir ifade olduğu gibi, gece gerçekleşen bir trafik kazasında hekimin evinden çağrılıp hastaneye ulaşmasında çeşitli nedenlerden dolayı gecikmesi, görevini yapmakta gecikme gösterilmesi olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi, yalnızca kamu görevlisi olan sağlık personeline yönelik meslekten men cezasına ilişkin normun iptaline ilişkin gerekçesinde suç tanımının yapılış yöntemini, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.” şeklinde ortaya koymuştur (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 19.04.1988 tarihli ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı).

Suçun bir unsuru olan tipiklik, bir fiilin cezalandırılabilmesi için fiilin kanunda öngörülen tipe uygun olmasını gerektirir. Açıklık ilkesi ise norm ihdas edilirken cezai yönden meşru olanla olmayanın kesin olarak ortaya konulabilmesi için kanuni tipin açık ve belirgin

bir şekilde ortaya konulmasını zorunlu kılar. Suç tanımlarında bulunması gereken açıklık/belirlilik özelliği kıyas yasağını da zorunlu olarak içermektedir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleştirilebilir.

Kişilerin hukuk güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuki güvenlik, ilkesi ceza yasalarının belirliliğini, kıyas yasağını ve ceza yasalarının geriye yürümezliğini de içerir. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Buna karşın, iptali istenen düzenlemelerde, meslekten men cezasını gerektiren suçun tanımı, hekimlik mesleğinin özellikleri gözetilerek hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde ortaya konulmayarak kıyasa açık bir düzenleme yapıldığı için Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 38 inci maddesindeki “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Sağlık Meslekleri Kurulu (c) ve (ç) bendleri uyarınca sağlık meslekleri mensuplarının “Meslek icrası esnasında sonucunu öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır derecede olmayan engelliliğine, ağır engelliliğine veya ölümüne sebebiyet verip vermediğini” saptayacak; sebebiyet verdiği kanısına ulaşırsa belirleyeceği bir süre ile meslekten geçici men cezası veya sürekli meslekten men cezası uygulamasına karar verecektir.

Yargılama ve cezalandırma yetkisi verilen 15 kişilik Sağlık Meslekleri Kurulu, idareye bağlı olarak idare tarafından oluşturulmaktadır. Kurulun üyelerinin üçte biri Sağlık Bakanlığı merkez teşkilatı ve bağlı kuruluşların üst yöneticileridir. Üçte biri sağlık meslek mensupları arasından Sağlık Bakanı tarafından atanmaktadır. Geriye kalan beş üyeden sağlık meslek birliği temsilcisi dışındaki dört üye de idareler tarafından kamu görevlileri arasında belirlenmektedir.

Kurulun tarafsızlık ilkesine uygun olarak işleyişine yönelik güvenceler getirilmemiştir. Kurul’a tanınan bir tür yargılama yapma yetkisi ile birlikte yüzü aşkın uzmanlık alanını kapsayan sağlık meslek mensuplarının mesleki uygulamalarında kusurlu olup olmadıklarını saptamak üzere bilirkişilik görevi de verilmektedir. Bu görev verilirken Sağlık Meslekleri Kurulu’nun üyelerinin, verilen görevi yapabilmek için sahip olması gereken nitelikler gösterilmemiştir.

Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir başka kararında “bilirkişinin hukuki niteliği itibarıyla hakimın yardımcısı ve danışmanı konumunda bulunduğunu, kendisine başvuru özel veya teknik konuda yetkin ve uzman olması, tarafsız bir konumda bulunması ve tarafsız bir

tutum içinde görüş bildirmesi gerektiğini” belirtmiştir. Bu tespitten yola çıkarak bir komisyonun başkan dahil yedi üyesinin dördünün doğrudan, üçünün de dolaylı olarak Maliye Bakanı tarafından seçilmesini bilirkişilerin “tarafsız olma” nitelikleriyle bağdaşmayan bir durum olarak değerlendirmiştir. Aynı kararda devamla hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerektiğine ilişkin önceki kararlarına göndermede bulunulmuştur. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihi ve E.2008/80, K.2011/81 sayılı kararı).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Pescador Valero/ İspanya davasında; üniversitede sözleşmeli profesör olarak çalışıp ekonomik gelir eden yargıcın üniversitenin tarafı olduğu uyuşmazlıkta görev yapmasının Sözleşmenin 6/1 inci maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. (Kalay Jale -2007- AİHM Kararları Işığı Altında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi-acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1843/2507.pdf)

Geçici veya sürekli olarak meslekten men cezasına ilişkin düzenlemelerle Sağlık Meslekleri Kuruluna, sağlık mesleği mensuplarının Anayasanın 48 inci maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğüne müdahale edilmesi ve 49 uncu maddesinde düzenlenen çalışma hakkına sınırlama veya ortadan kaldırma yetkisi verilmektedir. Kurul’un 14 üyesinin, görev ve yetkileri kanunla düzenlenmiş olan 100’ü aşkın sağlık meslekleri alanında uzmanlık düzeyinde bilimsel bilgiye sahip olmayacağı açıktır. Bilirkişilerin “uzmanlaşmış bilgi alanı” ndan seçilmesi ve konu hakkında bir fikir oluşturmak için yeterliliği ortaya koyan eğitim ve tecrübeye sahip olmaları gerekmektedir.

Bu kapsamda bilirkişilerde aranılan nitelikler: bağımsızlık, alanında özel bilgi sahibi olmak, araştırmacı rolünü yerine getirebilecek kapasitede olmak, farklı fikirler arasında seçim yapabilecek ve öneride bulunabilecek yetenekte olmaktır (Demirkapı Ertan, Anglo Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003 Cilt 5, Sayı 2, s:39-75, dipnot 72).

Ceza yaptırımı öngören düzenlemelerin, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri, ekonomik hayatın gereksinimleri ve yaptırımı konu mesleğin özellikleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle Yasakoyucunun, ceza politikasını, öncelikle, Anayasanın 2 nci maddesinde nitelikleri, 5 inci maddesinde de temel amaç ve görevi belirtilen hukuk devletine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygun olarak belirlemesi gerekir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Öte yandan, Anayasanın 48 inci maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş; 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında ise, “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.” denilmiştir.

Anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkın, Anayasanın öngörmediği şekilde ortadan kaldırılamayacağına duraksama yoktur. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasanın 13 üncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasanın 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir Bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.07.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı).

Ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemedeki kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Kanun koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercihini de Anayasaya uygun olarak kullanması gerektiği açıktır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve E.2008/80, K.2011/81 sayılı kararı).

Nitekim, Türk Ceza Kanununun “Güvenlik Tedbirleri” başlıklı 53 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında “belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanması” cezası düzenlenmiştir. İptali istenilen normlarda ise beş yıl içinde tekrar halinde “sürekli olarak meslekten men” cezası verileceği düzenlenmiştir. Suçun taksirle veya kastla işlenip işlenmediği hatta eylemin Türk Ceza Kanunu anlamında bir suç teşkil etmemesini dahi dikkate almayan yaptırımların ölçülü, orantılı ve adil olduğu söylenemez.

İptali İstenilen bendlerde meslekten süreli veya süresiz men cezası verildiğinde, sağlık mesleği mensuplarının görevlerine son verilip verilmeyeceği, bu süre içinde özlük haklarının ne olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamış, belirsiz bırakılmıştır. Bu durum kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu mensuplarının Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlemesi zorunluluğuyla bağdaşmamaktadır.

Özel sağlık kuruluşlarında çalışan sağlık mesleği mensupları yönünden ise meslekten geçici olarak yasaklı oldukları dönemde hizmet akdinden kaynaklı hakları güvence altına alınmamıştır.

İptal istemine konu normlarla, hangi statüde çalışırsa çalışsın bütün sağlık meslek mensuplarının çalışma özgürlüğü ve hakları, ölçüsüzce sınırlandırmanın ötesinde meslekten men cezasıyla bütünüyle ortadan kaldırılmaktadır.

Sağlık meslekleri mensuplarına geçici ve sürekli olarak meslekten men cezası verilmesine ilişkin kurallar, çalışma özgürlüğü ile hakkını, hakkın özünü ortadan kaldıracak derecede ölçüsüzce ortadan kaldırdığı için Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 48 inci ve 49 uncu maddelerine; söz konusu disiplin cezalarını verme yetkisini bağımsızlığı ve tarafsızlığı olmayan ve mesleki yetkinliği konusunda ise şüpheler bulunan Kurul'a verilmesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin 9 uncu maddesine aykırıdır.

İptali istenilen bentlerde düzenlenen meslekten geçici men cezaları bir eylemin birden fazla cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin altıncı fıkrasında belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde de üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Kurulca cezalandırılacağı öngörülen eylemler Türk Ceza Kanunu ile de suç sayılarak cezalandırılmakta ve aynı zamanda güvenlik tedbiri olarak meslekten geçici süreli men kararı uygulanmaktadır. Böylece sağlık çalışanları yönünden aynı eylemler nedeniyle birden fazla kez cezalandırılma söz konusu olacaktır. Aynı eylemden dolayı birden fazla kez cezalandırılmama ilkesini ihlal eden düzenlemeler Anayasanın 38 inci maddesi yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7 nci maddesini de ihlal ettiğinden, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 135 inci maddesinde Kanunla Kurulan Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları “mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak” görev yetkisine sahip kılınmıştır. Türk Tabipleri Birliği, Türk Eczacılar Birliği ve Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından kuruluş Kanunlarına dayanılarak mesleki deontolojiyi belirlemek ve uymayanlara yaptırım uygulama yetkisi yaklaşık 60 yıldır kullanılmaktadır. Düzenleme ile bütün bu yetkileri içerir ve aşar şekildeki yetkiler, biri dışında idare tarafından atanan kişilerin oluşturduğu bir kurula verilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında meslek örgütlerinin işlevsiz kılınmasının Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olacağı belirtilmiştir. “Meslek kuruluşlarının etkinliği, sorumluluğu ve yükümlülüğü, belirli bir düzen ve disiplin içinde faaliyette bulunması, görevlerinin boyut ve kapsamına bağlıdır. İşlevsizliği ve biçimsel örgütlenmeyi aşmanın yolu, mesleğin tüm alanlarında ve meslekle ilgili işlemlerde.. meslekle ilgili faaliyetlerle meslek kuruluşu arasındaki olgusal bağın koparılmamasıdır.” (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 06.11.2008 tarihli ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararı).

Tabiplerin mesleklerini icrası esnasında kişilere verdikleri zararlar, disiplin cezası yaptırımı bağlanacak ise, disiplin suçunun tıp bilimi ile tedavi hizmetlerinin ayırtecdici özellikleri gözetilerek, hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde tanımlandıktan sonra bu görevin, yönetimi yargı gözetimi altında gizli oyla yapılan seçimde üyelerinin ortak iradesiyle oluşan, bağımsız ve tarafsız olmanın yanında tıp alanında uzmanlığı tartışılmaz olan ve Anayasanın 135 inci maddesinde, “mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak” amacına ulaşmak için “meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla” üyelerini denetleme görevi verilen Türk Tabipleri Birliği'ne verilmesi, Anayasanın 135 inci maddesinin zorunlu bir sonucudur.

Bu bağlamda, aksine kurallar öngören düzenleme, Anayasanın 135 inci maddesine de aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (h) bendinin (1) numaralı alt bendi ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü maddesinin yedinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri, Anayasanın 2 nci, 9 uncu 13 üncü, 38 inci, 48 inci, 49 uncu, 90 inci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (h) Bendinin (3) Numaralı Alt Bendi ile Değiştirilen 11.10.2011 Tarihli ve 663 Sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 47 nci Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

663 sayılı KHK'nın 47 nci maddesinin ilk üç fıkrası ile Bakanlık ve bağlı kuruluşların bilgi toplama, işletme ve paylaşma yetkisi düzenlenmiştir. (1), (2) ve (3) numaralı fıkralar Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Ancak iptal edilen düzenlemeler 6495 sayılı Kanunla aynı biçimde yeniden Yasama Organı tarafından kabul edilmiştir.

Düzenlemelerde kişilerin sağlık bilgilerinin toplanmasında hiçbir ayırt edici ölçü kullanılmamıştır. Özel ya da kamu her türlü sağlık kuruluşu, kendilerine başvuran insanlara ilişkin kişisel bilgileri ve sağlık bilgilerini Bakanlık ve bağlı kuruluşlara iletmekle yükümlü kılınmıştır. Düzenlemelerin bu hükümleri uyarınca örneğin kişilerin bazı ruh sağlığı sorunları nedeniyle ya da genel sağlığı ilgilendirmeyen konularda muayenehane ya da özel sağlık kuruluşlarından aldıkları sağlık hizmetlerine ilişkin bilgilerin dahi gizli kalması olanağı bulunmamaktadır.

Öyle ki, Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün 17.11.2012 tarihli "Sağlık Net 2 Veri Gönderimi" konulu yazısıyla 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren sağlık hizmeti veren tüm sağlık kurum ve kuruluşlarından istenen bilgiler arasında; başvuran hastaların bütün kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özürüllük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, gelir durumu, hastalık şikayetleri, hastanın öyküsü (anemnezi), bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15-49 yaş arası kadınların, doğum, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri ve daha pek çok bilgi yer almıştır.

Oysa sağlıkla ilgili bilgiler kişisel veriler kapsamında korunmaktadır. Anayasanın 20 nci maddesine 12.09.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanununun 2 nci maddesiyle eklenen üçüncü fıkra, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya

kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilerek kişisel verilerin korunması zorunluluğu özel olarak düzenlenmiştir.

Maddenin gerekçesinde kişisel verilerin korunmasını istemenin Anayasal bir hak olarak teminat altına alındığı belirtilmiştir. Anayasa değişikliğinin Meclis görüşmeleri sırasında da değişikliğin gerekçesi; Bu hak, esasen, kişisel verilerin toplanması, kullanılması ve başkalarına aktarılması konusunda bireyin kendisinin söz sahibi olmasını gerekli kılmaktadır. Bireyin kişisel verilerinin korunması, toplumsal düzenin demokratik yapısı bakımından da önem taşımaktadır. Zira, vatandaşların kendi bilgilerinin kimler tarafından, hangi amaçlarla toplandığını ve işlendiğini bilme imkânı yoksa böyle bir hukuk düzeni içerisinde bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkının korunmasından da söz edilemeyecektir.” şeklinde açıklanmıştır (Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 23, Cilt 67, Yasama Yılı 4, Birleşim 88). Anayasa değişikliğine ilişkin gerekçe ve açıklamalar esasen bireyi devletin karşısında korumak, kişisel verilerin bireyin rızası dışında edinilmesi, paylaşılması ve işlenmesinin önüne geçmenin amaçlandığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi ise 25.06.2008 tarihli ve E.2006/167, K.2008/86 sayılı kararında, “Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir. Anayasanın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir” gerekçeleri ile itiraz konusu kuralları Anayasanın 20 nci ve 25 inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Öte yandan, Anayasanın 20 nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş; üçüncü fıkrasında ise, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” kuralına yer verilmiştir.

Anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkın, Anayasanın öngörmediği şekilde ortadan kaldırılamayacağına duraksama yoktur. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasanın 13 üncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasanın 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum

düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir Bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.07.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı).

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt bileşenden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; gereklilik, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmasını; orantılılık ise, başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, herkese ve bu bağlamda hastalara da tanınmış bir haktır ve bu hak başta Devlet olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilen temel bir insan hakkıdır. Bu bağlamda, sağlık hizmeti alanlar hastalıklarının tedavisi için özel hayata ilişkin mahrem alanlar dahil hekimlerin istediği tüm bilgi ve veriyi hekimleriyle paylaşabilmektedir.

Öte yandan, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının, görevlerini yerine getirebilmek için zorunlu olan genel nitelikteki bilgiler ile kişi ve toplum hayatını tehdit eden ve bu nedenle bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan bazı hastalıklara ilişkin bilgilere ihtiyaç duyabilir. Ancak bu ihtiyacın, “mevzuat” gibi genelgeleri dahi kapsayan bir içerikteki görev tanımıyla, “e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı bir biçimde yerine getirebilmek için” gibi belirsiz ve hatta kişisel verilerin korunması bağlamında gereksiz bir gerekçeyle, “sağlık hizmeti alanların ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgiler ile bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgiler” ayrımına ulaşmaması ve Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının işlediği sağlık verilerini kişilerin rızası olmaksızın üçüncü kişiler veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşma noktasına taşınmaması gerekir. Aksine düzenlemelerin, Sağlık Bakanlığı ve Bağlı kuruluşlarının görevlerini yerine getirmesi bağlamında elverişliliği, gerekliliği ve ölçülüğünden söz edilemez.

Bu bağlamda, kişilerin ve toplumun hayatını tehdit eden ve bu nedenle bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan kimi hastalıklar dışında kalan sağlıkla ilgili özel hayatı da kapsayan kişisel bilgilerin her türünün her durumda istenmesine, işlenmesine ve paylaşımına olanak tanıyan iptali istenen kurallar, Anayasal koruma altındaki özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını, ölçüsüzce sınırlandırmanın ötesinde, kişilerin rızaları dışında bütünüyle ortadan kaldırdığı için Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 20 nci maddelerine aykırıdır.

Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, koruma altına alınan haklara meşru müdahale için yasallık şartını yeter koşul olarak kabul etmemekte, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması ve amaçla orantılı olması unsurlarını aramaktadır. Dava konusu düzenlemelerde Sağlık Bakanlığına ayrımsız bir biçimde herhangi bir hekime, sağlık kuruluşuna başvuran kişilerin, sağlıkları ile ilgili olanlar dahil özel hayatlarına dair pek çok bilgiyi toplama yetkisi verilmektedir. Üstelik bu müdahalenin amacı, müdahalenin kapsamı, sınırları, kullanılan yöntem ve süresi konusunda müdahaleyi sınırlandıran hiçbir ölçüt yasada bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da, özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 8 inci maddenin konuluş amacının bireyi öncelikle kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olduğu açık biçimde ifade edilmektedir (Bkz. 01.12.1986 tarihli Johnson ve Diğerleri kararı, parag. 55).

BİYOTIP Sözleşmesi'nin 'Özel Yaşam ve Bilgi Edinme Hakkı' başlıklı 10 uncu maddesinde kişisel bilgilerin korunmasına "Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." ifadesiyle yer verilmiştir.

Dünya Tabipler Birliği de yayımladığı Amsterdam Bildirgesinin 4 üncü maddesinde, Bali Bildirgesinin 8 inci maddesinde ve Lizbon Bildirgesinin 4 üncü maddesinde; hastanın tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgilerin sır sayılması gerektiğini belirtmiş ve bunların hastanın rıza gösterdiği haller dışında ancak kesin bir mahkeme kararıyla açıklanabileceğini düzenlemiştir.

Bu bağlamda, iptali istenen düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı"nı koruma altına alan 8 inci maddesiyle bağdaşmadığından, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin (h) bendinin (3) numaralı alt bendi ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 47 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 20 nci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 73 üncü Maddesinin (p) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendiyile 03.05.1985 Tarihli ve 3194 Sayılı İmar Kanununun 8 inci Maddesine Eklenen;

a) (i) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB), 27.01.1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu hükümlerine göre 1955 yılında kurulmuştur.

1961 Anayasasının 122 nci maddesiyle Anayasal statüye kavuşan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 1982 Anayasasının ise 135 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 135 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir." denilmiştir.

Anayasanın bu kuralı üzerine, 6235 sayılı Kanunda “Birliğin kuruluş amacı”nın düzenlendiği 2 nci maddesi, 19.04.1983 tarihli ve 66 sayılı KHK’nin 1 inci maddesiyle değiştirilerek (b) bendi “Mühendislik ve mimarlık mesleği mensuplarının, müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplinini ve ahlakını korumak için gerekli gördüğü bütün teşebbüs ve faaliyetlerde bulunmak” şeklini almıştır.

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (ı) bendinin ilk tümcesinde, harita, plan, etüt ve projelerin; idare ve ilgili kanunlarında açıkça belirtilen yetkili kuruluşlar dışında meslek odaları dahil başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulamayacağı ve tutulmasının istenemeyeceği; ikinci tümcesinde, vize veya onay yaptırılmaması ve benzeri nedenlerle müellifler veya bunlara ait kuruluşların büro tescillerinin iptal edilemeyeceği veya yenilenmesinin hiçbir şekilde geciktirilemeyeceği; üçüncü tümcesinde ise, müelliflerden bu hükmü ortadan kaldıracak şekilde taahhütname talep edilemeyeceği kuralları getirilmektedir.

Bendin ilk tümcesinde, “Harita, plan, etüt ve projeler; idare ve ilgili kanunlarında açıkça belirtilen yetkili kuruluşlar dışında meslek odaları dahil başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulamaz, tutulması istenemez.” kuralına yer verilerek, “harita, plan, etüt ve projeler”, meslek odaları tarafından onaylanıyor ya da vizeye tabi tutuluyor ve böylece meslek odaları yetkili kamu idarelerinin yetkilerine ortak oluyormuş gibi bir varsayımdan hareketle, bent ile harita, plan, etüt ve projelerin meslek odaları tarafından onaylanması veya vizeye tabi tutulması yasaklanıyormuş gibi bir izlenim yaratılmıştır.

Oysa, 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda, yapılarda inşaat ve yapı ruhsatlarını ilgisine göre belediyeler ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının vermesi öngörülmüştür. Yapım sürecinde yer tespitinden yapı kullanma iznine kadar ki tüm aşamalarda meslek odalarının herhangi bir görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim, bu güne kadar, herhangi bir harita, plan, etüt ve proje meslek odaları tarafından onay veya vize anlamına gelecek herhangi bir uygulamaya tabi tutulmamıştır.

Bu bağlamda, bendin ilk tümcesine olmayan bir şeyin yasaklanması üzerinden, gerçekte müdahale edilecek alanın üzerinin örtülmesi işlevi yüklenerek kamuoyunun maniple edilmesi amaçlanmıştır.

Üzeri örtülen ve gerçekte müdahale edilen alan ise bendin ikinci ve üçüncü tümcelerinde, “Vize veya onay yaptırılmaması ve benzeri nedenlerle müelliflikler veya bunlara ait kuruluşların büro tescilleri iptal edilemez veya yenilenmesi hiçbir şekilde geciktirilemez. Müelliflerden bu hükmü ortadan kaldıracak şekilde taahhütname talep edilemez.” şeklinde ortaya konmuştur. Dolayısıyla gerçekte amaçlanan, meslek odasının üyelerini denetlemesi ve denetim bulgularına dayalı olarak ya da denetimden kaçan üyelerine yaptırım uygulamasının yasaklanmasıdır.

Nitekim, bu yasaklamayı AKP sözcüsü Sayın Hüseyin Çelik 12.07.2013 tarihinde yaptığı basın açıklamasında, “Yargı mimar odalarının böyle bir şey yapamayacağını hükmetmiştir. Bu odalar vize yaparak bu parayı alamayacaklarını anladıkları için ‘mesleki denetim yapıyoruz’

adı altında alıyorlar kendilerine müracaat eden büroları zaman zaman taahhütname imzalatarak, 'aksi taktirde büronuzun yıllık tescilini yapmayız' şeklinde maalesef bazı gelgitlere muhatap olmuşlardır." (İHA, 12 Temmuz 2013) derken; BUGÜN TV'ye yapmış olduğu açıklamada ise "... mimar ve mühendisleri odaları yasalardan ve anayasadan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanıyorlar, anayasanın ve yasanın kendilerine vermediği bir usul icat etmişler ve bu usulle üyelerden, mimar ve mühendis bürolarından ve müelliflerden para almaktadırlar, vize adı altında para almaktadır; bu doğru değildir..." sözlerini sarf etmiştir (EK-9/1).

6485 sayılı Kanunun gerekçesinde bulunmayan ancak, Sayın Hüseyin Çelik tarafından dile getirilen, üyelerden alınan ücretin yasal olmadığına ilişkin sav, 1963 yılında sonlandırılmış bir tartışmaya dayanmaktadır. 22.10.1963 gün ve 4998/5563-38478 sayılı yazı ile Maliye Bakanlığının, Adalet Bakanlığı'na verdiği Görüş'te, "... Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununun 2 nci maddesinde Odanın, amme ve memleket menfaatleri bakımından lüzum gördüğü bütün tedbirleri alacağı zikredilmiştir. Odalar Birliğinin, inşaat işlerinin fenni usul ve kaidelere uygunluğunu incelemesi, amme ve memleket menfaatten ile ilgili olup Odalar Birliğinin vazifesi meyanındadır. Kanunun 32 nci maddesinin Ç fıkrasında da 'vesika ücretleri' Odanın gelirleri meyanında sayılmıştır." denilmiştir. 27.01.1954 tarihli ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununun 2 nci maddesinde yer alan kural, 19.04.1983 tarihli ve 66 sayılı KHK'nin 1 inci maddesiyle değişik 2 nci maddesinin (b) bendinde aynı şekilde yer alırken; 32 nci maddesi ise 27.05.1959 tarihli ve 7303 sayılı Kanundan bu yana değişmemiştir.

Kaldı ki, dava konusu edilen mesleki denetim ile asgari ücret tarifelerine ilişkin yönetmeliklerin iptali istemleri de Danıştay kararlarıyla reddedilmiştir. (Bkz. Danıştay 8. Dairesi'nin 03.07.2007 günlü ve E.2005/3879 ve K.2007/4213 sayılı kararı ile 25.06.2007 günlü ve E.2005/5700 ve K.2007/4017 sayılı kararı).

Bu bağlamda, Sayın Hüseyin Çelik'in beyanları ile bendin birinci, ikinci ve üçüncü tümcelerindeki düzenlemenin amacı, meslek odalarının kamu idarelerinin yetkisini kullanmalarını yasaklamak değil, meslek odalarının üyeleri üzerindeki denetimini yasaklamaktır. Yasa hükmündeki büro tescil belgesinin iptali ya da yenilenmemesi yaptırımı kalkınca, meslek mensuplarının mesleki denetim uygulamasının 6495 sayılı Kanun hükmü gereğince yasaklandığı inancı ile mesleki denetim uygulamasına gelmemeleri ve bu yolla meslek mensuplarının hem sicil denetimlerinin ortadan kaldırılması, hem de mesleki denetim ücretlerinin ödenmemesi sağlanacaktır.

Kısaca, düzenlemenin amacı, kamu tüzel kişisi meslek odalarının üyeleri üzerindeki denetim görevini yasaklayıp meslek odalarını işlevsiz hale getirerek mesleğin gereklerinden ve kamu yararından koparılmasını sağlamak ve ayrıca mali gücünü zayıflatarak demokratik hukuk devletindeki kamusal etkinliğini kırmaktır.

Anayasaya Aykırılık Sorunu

Anayasanın 2 nci maddesinde "demokratik devlet" ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Demokrasinin klasik tanımını ABD'nin 16. Başkanı Abraham Lincoln (1809-1865), "Demokrasi, halkın halk tarafından halk için yönetimidir." şeklinde yapmıştır. Temsili demokrasilerde "halkın halk tarafından yönetimi" halkın seçtiği temsilciler eliyle olmaktadır. Bu bağlamda, kamusal politikaların ve bunların uygulanma biçimlerinin, halkın temsilcileri tarafından belirlendiği sisteme temsili demokrasi denilmektedir.

Temsili demokrasinin temelini, serbest seçim, seçim sonuçlarına saygı ve seçilenlerin yönetme hakkının teslim edilmesi oluşturur. Ancak, bunun yanında seçilmişlerin yetkilerinin bireylerin temel hak ve özgürlükleri ve hukuk devleti güvenceleriyle sınırlandırılması, düşünce ve ifade özgürlüğünün teminat altına alınması, serbest tartışma ortamının yaratılması, haber ve yorumların sansürsüz dağıtımı, bilgiye erişimin sağlanması, azınlığın iktidara gelme yollarının açık tutulması gibi bir takım ön koşulların varlığını da gerekli kılar. Çünkü, demokrasi demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilen siyasal partiler ile liderleri tarafından değil, ancak özgür ve sorumlu yurttaşlar tarafından güvence altına alınıp geleceğe taşınabilir.

Tüm bunlar, halkın halk tarafından, yani özgür ve sorumlu yurttaşların temsilcileri tarafından yönetiminin önkoşulunu oluşturur. Halkın halk için yönetimi, yani özgür ve sorumlu yurttaşların, özgür ve sorumlu yurttaşlar için yönetimi ise, kamusal politikaların belirlendiği siyasal süreçlere ve toplumsal kararların şekillendirilmesine özgür ve sorumlu yurttaşların doğrudan, örgütlü ve sürekli katılımının sağlanacağı yapı ve süreçleri gerektirir. Kamusal tartışma alanlarının, iktidarlardan nemalanan ticari kitle iletişim araçları, kamu gücünü kişiselleştirerek özel çıkarlara tahvil eden siyasal liderler, oligarşik siyasal partiler ve profesyonel iktidar tacirleri tarafından abluka altına alınıp karartıldığı günümüz şartlarında katılımcı yapı ve süreçler daha da önem kazanmaktadır.

Özgür ve sorumlu yurttaşların siyasal eylem ve süreçlerin nesnesi değil, öznesi haline gelebilmesi ise, ancak yurttaşların örgütlenmeleri ve örgütleri aracılığıyla demokratik süreçlere müdahil olmaları şeklinde mümkün olabilmektedir. Demokrasinin bu türüne katılımcı demokrasi denilmekte ve günümüzün çağdaş demokrasileri özgürlükçü, çoğulcu ve katılımcı demokrasi olarak nitelendirilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesindeki, demokratik devlet ilkesinin, günümüzdeki anlamı özgürlükçe, çoğulcu ve katılımcı demokrasidir. Anayasada sadece demokratik devlet ilkesine yer verilmekle yetinilmeyip, kamusal politikaların belirlenmesi ve uygulanması sürecinde siyasal aktörler yanında, Anayasal kurumlara da yer verilmesi bunun en önemli göstergesidir. Anayasanın 135 inci maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bunlardan biridir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının demokratik siyasal sistem ile toplumsal yaşam içindeki işlevini "...Meslek kuruluşlarına, üyelerinin nitelik ve niceliği, ürettikleri iş ve hizmetlerin toplumun temel ihtiyaçlarına yönelik olması ve ülke genelinde yaygınlığı, çoğulcu demokratik gelişim ortamında etkili bir sivil toplum örgütü rolünde bulunmaları, örgütlülüğün üyelere getirdiği yararlar ile toplum çıkarlarının uygun düzeylerde dengelenebilmesi ve demokratik toplum kültürünün kamu düzeninde olumsuzluk yaratmadan derinleştirilebilmesi nedenleriyle, kamusal nitelik kazandırılarak, Anayasada yer verilmiştir.

Demokrasi, siyasal mekanizma dışında, aynı zamanda bir yaşam biçimidir. Bir meslek örgütüne üyelik, işlevsiz olur ve biçimsel üyelikten öteye geçemezse, demokratik bir örgütlenmeden de söz edilemez. Bu tür işlevsiz örgütlenmeler, kuramsal ve somut olarak var olmalarına karşın, gerçek anlamda varlıkları tartışmalı ve etkisiz hale gelir. Kamu hukuku kurallarına göre yönetilmesi anayasal güvence altında bulunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının işlev ve etkileri de hukukun koruması altındadır. Meslek kuruluşlarının etkinliği, sorumluluğu ve yükümlülüğü, belirli bir düzen ve disiplin içinde faaliyette bulunması, görevlerinin boyut ve kapsamına bağlıdır. İşlevsizliği ve biçimsel örgütlenmeyi aşmanın yolu, mesleğin tüm alanlarında ve meslekle ilgili işlemlerde, ilgili meslek kuruluşuyla organik bağlantının, meslek kuruluşunun kimlik ya da belgesinin esas alınması, diğer bir deyişle, meslekle ilgili faaliyetlerle meslek kuruluşu arasındaki olgusal bağın koparılmamasıdır.” şeklinde ortaya koymuştur (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 06.11.2008 gün ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararı).

Öte yandan meslek odalarının, uygulama, tescil ve mesleki denetim yönetmelikleri ile mimarlık-mühendislik ve asgari ücret-asgari çizim ve düzenleme esasları yönetmelikleri, özel yasası gereği Genel Kurulların seçtiği yönetim kurulları tarafından üyelerden oluşturulan komisyonlar tarafından hazırlanmakta ve üyelerin katılımı ile oluşan Genel Kurullarda kabul edilerek yürürlüğe girmektedir. Dolayısıyla, Birlik ve Oda yönetimlerinin tek yanlı tasarruflarını değil, üyelerin ortak iradesini temsil etmektedir. Bu yönüyle doğrudan demokrasi örneğidir.

Bu bağlamda, Anayasanın 135 inci maddesiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilen görevlerin, mimarlık ve mühendislik ile şehir plancılığı hizmetleri bağlamında, Anayasa ve yasalara, kamu yararına, bilimsel ve teknik gereklerine, meslek mensupları ile hizmetten yararlananların hak ve menfaatlerine uygun şekilde ve etkin biçimde demokratik esaslar çerçevesinde yürütülmesini öngören kurulların uygulanmaması sonucunu doğuran ve kamu tüzel kişisi meslek odalarının üyeleri üzerindeki denetim görevini yasaklayıp, meslek mensuplarıyla meslek örgütleri arasındaki organik bağlantının kesilmesini, meslek odalarını işlevsiz hale getirerek mesleğin gereklerinden ve kamu yararından koparılmasını ve ayrıca meslek odalarının mali gücünü zayıflatarak özgürlükçe, çoğulcu ve katılımcı demokrasideki kamusal işlevinin zaafa uğratılması amacını taşıyan iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının;

- *Meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ve mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak,*
- *Mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak,*
- *Meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak,*
- *Meslek disiplini ve ahlakını korumak,*

Amacıyla;

- Kanunla kurulması,
- Organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında ve gizli oyla seçilmesi,

Öngörülerek, meslek kuruluşlarına kamu tüzelkişisi statüsü tanınmış; meslek mensuplarının mesleki faaliyette bulunabilmeleri, kamu idareleri ile KİT'lerde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar dışında zorunlu üyelik koşuluna bağlanmıştır.

İptali istenen kuraldaki, "harita, plan, etüt ve projeler" ifadesi ise, mimarlık, mühendislik ve şehir plancılığı disiplin ve mesleklerinin ürünlerini nitelemektedir.

Mimarlık, mühendislik ve şehir plancılığı hizmetleri, çevre, kentleşme, koruma, korunma ve barınma politikalarının hukuki ve teknik yanlarıyla dinamik unsurlarını oluşturur. Bu bağlamda, Anayasanın ikinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünün "Kıyılardan yararlanma" başlıklı 43 üncü maddesi, "Toprak mülkiyeti" başlıklı 44 üncü maddesi, , "Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı 45 inci maddesi, "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50 nci maddesi, "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56 ncı maddesi, "Konut hakkı" başlıklı 57 nci maddesi ve "Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63 üncü maddesi ile dördüncü kısmının "Ekonomik Hükümler" başlıklı ikinci bölümündeki "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168 inci maddesi, "Ormanların korunması ve geliştirilmesi" başlıklı 169 uncu maddesi ve "Orman köylülerinin korunması" başlıklı 170 inci maddesindeki kurallarla doğrudan ilgilidir.

Anayasanın yukarıda yer verilen maddelerindeki kurallar ile meslek odalarına Anayasanın 135 inci maddesinde verilen, mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak ve meslek disiplini ve ahlakını korumak görevleri; çevrenin ve çevre sağlığının korunması; kentleşmenin planlamaya bağlanması; yerleşme, yapılaşma ve barınma politikalarının ve bunların uygulamalarının toplum ve kişi sağlığının gerektirdiği fay hatları, heyelanlı bölgeler, taşkın alanları ve yapı güvenliğine aykırı yapı gibi muhtemel risklerden uzak tutulması; yerleşme, yapılaşma ve doğal kaynakların işletilmesinde işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınması; tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile enerji, tarım, orman, mera ve su kaynaklarının bilimsel ve teknik gerekleri ile Anayasal kurallara uygun korunması ve kamu yararına kullanılması; mesleki dezenformasyon, haksız rekabet, mesleki etik kurallara aykırı davranış ve uygulamalara karşı önlem alınması gerekleri, mimar, mühendis ve şehir plancıları tarafından üretilen "harita, plan, etüt ve projelerin", bilimsel ve teknik standartlara uygun ve kamu yararı gereklerine göre ve Odalara tescilli meslek mensuplarınca yapılıp yapılmadığının ve bu süreçlerde mesleki etik kuralların dışına çıkılıp çıkılmadığının meslek odaları tarafından denetimini, sadece Anayasanın 135 inci maddesi nedeniyle değil, Anayasanın yukarıda yer verilen maddeleriyle ulaşılmak istenen amaçlar bağlamında da zorunlu kılmaktadır.

Nitekim, Danıştay Sekizinci Dairesi 25.06.2007 günlü ve E.2005/5700, K.2007/4017 sayılı kararında, "TMMOB Mimarlık-Mühendislik ve Asgari Ücret-Asgari Çizim ve Düzenleme Esasları Yönetmeliğinin 4/j, k, l, s, t bentlerinin, 6 ncı maddesinin son fıkrasının, 7 nci maddesinin ilk fıkrası ve C bendinin ilk fıkrasının ve c/3 bendinin son cümlesi ile 7 nci maddenin

d/3 bendinin, Anayasaya, Borçlar Kanununa ve Rekabet Kanununa aykırı olduğu ileri sürülerek” iptali istemiyle açılan davada;

“Dava konusu Yönetmeliğin iptali istenen maddeleri, serbest mühendis ve mimarların verecekleri hizmet karşılığı asgari ücret altında iş kabul edemeyeceklerine, asgari ücretin kapsamı, mesleki denetim ve kontrol bürolarının, Serbest Mühendislik Mimarlık Belgesinin ve Büro Tescil Belgesinin tanımı yapılarak, asgari ücretin tahsilinin sağlanması için mesleki denetim ve kontrollük ücreti ve ücret sözleşmesine dair düzenlemeleri içermektedir.

Mimarlık ve mühendislik hizmetlerinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak ve meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile yürürlüğe konulan bu düzenlemeler, Birlik ve Odanın Anayasa ve 6235 sayılı Yasa ile belirlenen görev alanları ile doğrudan ilgili olup, yürürlükteki mevzuat ile sözleşme yapma hürriyetine ve Rekabet Kanununa aykırı değildir.

Bu durumda, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunan dava konusu Yönetmelik hükümlerinde hukuka aykırılık görülmemiştir.” denilerek iptal isteminin OYBİRLİĞİ ile reddine karar vermiştir (EK-9/2).

Yine, Danıştay Sekizinci Dairesi, 03.07.2007 gün ve E.2005/3879, K.2007/4213 sayılı kararında, “Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinin 2 nci maddesinde yer alan ‘mesleki etkinliklerin denetimi kuralları’ şeklindeki ibarenin, 4 üncü maddesinde yer alan ‘mesleki denetim’ tanımının, 5 inci maddesinin (a) bendinde yer alan ‘mimari tasarım hizmetleri’ tanımının, 7 nci maddesinin (e) ve (f) bentlerinin, 14 üncü maddesinin (b) bendinin, 15 inci maddesinin (a), (c) ve (d) bendinin üçüncü fıkrasının, 16 ncı maddesinin (b) bendinde yer alan ‘hizmetlerini ve bürolarını denetlemeye’ ibaresi ile 18 inci maddesinin Anayasaya ve 6235 sayılı Yasa ile tanınan yetkiye aykırı olduğu ileri sürülerek” iptali istemiyle açılan davada;

“Anayasa ve Yasa kurallarından anlaşılacağı üzere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, meslek mensuplarının ve bu mesleki faaliyetten yararlananların karşılıklı hak ve menfaatlerini koruyarak belli bir mesleki disiplini sağlama amacına yönelik olarak örgütlenmiş olduğu açıktır.

Bu bakımdan mesleğin ve kamu yararının gerçekleşmesini teminen kendi görev alanları ile ilgili konularda odaların yönetmelik çıkarma yetkisi bulunduğu, odaların faaliyetleri ile ilgili olarak hazırladıkları düzenleyici kuralların birbiriyle uyumunu sağlamak konusunda da Birliğin denetim yetkisinin olduğu tartışmasızdır.

Dava konusu Yönetmelik maddeleri bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, bu maddelerde meslek mensubu olanların uyması gereken ve etkin bir şekilde mesleki denetimi içerecek şekilde kuralların yer aldığı anlaşılmaktadır.

Mimarlık hizmetinin önemi ve özelliği gereği belli bir disiplin içinde yürütülmesinin tartışılmaz olması karşısında dava konusu maddelerin hizmetin niteliği, sunumu ve bu hizmetlerden yararlananlar açısından getirdiği kuralların üst hukuk kurallarına aykırılık taşımadığı açıktır.” diyerek iptal isteminin OYBİRLİĞİ ile reddine karar vermiştir (EK-9/3).

Anayasa Mahkemesinin, 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin verdiği 24.03.1970 günlü ve E.1969/65, K.1970/16 sayılı kararında “Öte yandan giriş ücretinin ve yıllık aidatın ziraat odalarının başlıca gelir kaynağını oluşturduğu, odaların hizmet ve görevlerinin niteliği ve önemi gözönünde tutulunca, iptal kararıyla ortaya bir boşluk çıkacağı ve bundan da bir takım sakıncaların doğacağı görülecektir.” denilerek ziraat odalarının hizmet ve görevlerinin niteliği ve önemi yanında, bu hizmet ve görevin yerine getirilebilmesi bakımından giriş ücret ve aidatlarının önemi ayrıca vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 15.05.2007 tarihli ve 5661 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle, 31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 53 üncü maddesinin son fıkrasında yer alan “ve Ziraat Odasından, bulunmayan yerlerde Tarım İl veya İlçe Müdürlüklerinden çiftçi belgesini almayan” ibaresi ile 15.05.1957 tarihli ve 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanununun “Çiftçilere Devletçe verilen nakdî destek ödemesini yapan aynî veya nakdî tarımsal kredi veren, sözleşmeli üretim yaptıran kamu ve özel sektör kuruluşları ile bankalar, kooperatifler veya birlikler ile benzeri kurumlar, ziraat odası bulunan yerlerdeki çiftçilerden, bağlı buldukları ziraat odalarından bedelsiz olarak alınmış ve o yılın tasdikini taşıyan çiftçi belgesini istemek zorundadırlar.” şeklindeki ek 2 nci maddenin yürürlükten kaldırılmasının iptaline ilişkin açılan davada verdiği (yukarıda yer verilen) 06.11.2008 günlü ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararında;

“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 dava konusu kuralları Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 644 sayılı KHK'nin 2 nci maddesine ilişkin vermiş olduğu daha yeni bir kararında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Meslek Odalarının görev ve yetkileri bağlamında, “Anayasanın 135. maddesinde, meslek kuruluşlarının karar ve yönetim organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, Devletin idari ve mali denetimine tabi olduklarının belirtilmesi ve sorumlu organlarının görevlerine ancak yargı kararıyla son verilebileceğinin kurala bağlanması, bu idarelerin özerkliğine işaret etmektedir.

Meslek kuruluşlarının özerkliği, merkezî idareden bağımsız olarak karar ve yürütme organlarını seçebilme, ilgili mesleki faaliyetlerle sınırlı olmak üzere üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama, meslek mensuplarının uyacağı ilke ve kuralları belirleme ve üyeleri hakkında disiplin tedbirleri uygulama hak ve yetkisini içermektedir. Bu itibarla mimar ve mühendislerce sunulan hizmetin niteliklerinin ve standartlarının Bakanlık tarafından saptanması, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşunun özerkliğine müdahale anlamına gelmemektedir.

Öte yandan mimarlık mühendislik faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin kayıtlarının Bakanlık tarafından tutulmasının öngörülmesi, istatistiksel bilgi sağlama amaçlı olup meslek mensubu üzerinde icraî bir etkisi bulunmamaktadır.” değerlendirmesini yapmıştır (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 günlü, E.2011/100, K.2012/191 sayılı kararı).

Bu karardan da anlaşılacağı üzere Meslek Odaları:

- *İdari ve mali özerkliğe sahiptir.*
- *Mimar ve mühendislerin mesleki faaliyetlerini icra ederken uyacakları kuralları belirleme yetkisi vardır.*
- *Mesleki faaliyetlerle sınırlı olmak üzere üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama, meslek mensuplarının uyacağı ilke ve kuralları belirleme ve üyeleri hakkında disiplin tedbirleri uygulama hak ve yetkisine haizdir.*
- *Üye sicillerini tutar. Bakanlık, ancak, istatistiki veri için kayıt tutabilir.*

Kamu kesiminde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına üye olma zorunluluğu bulunmadığı ve kamuda çalışan meslek mensupları, harita, plan, etüt ve projeleri statü hukukuna tabi olarak kamu hukuku çerçevesinde ürettikleri için meslek odalarının bunların eserleri üzerinde herhangi bir denetimleri söz konusu değildir ve olamaz.

Meslek odaları, piyasada serbest mimarlık, mühendislik ve şehir plancılığı hizmetleri yapan meslek mensuplarının piyasa şartlarında ve rekabet ortamında ürettikleri harita, plan, etüt ve projeleri denetlemektedir. Bu denetim yetkisini de Anayasanın 135 inci maddesindeki, “mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak” amacına ulaşmak için “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” yapmaktadır.

Meslek odalarının piyasada faaliyette bulunan üyelerinin mesleki üretimlerini, “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” mesleki denetime tabi tutmamaları durumunda, Anayasayla verilmiş olan “mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak” görevlerini yapabilmeleri mümkün değildir.

Öte yandan, meslek odalarının kuruluş amacı ve işlevi, meslek mensuplarını kayıt altına almaktan ibaret olan sınırlı bir ilişkiyi değil; mesleki yeterliğin takibi, gelişimi, yetkinliği, uzmanlık alanı, mesleki etik kurallara riayet gibi hususların belgelendirilmesi ve mesleki sicillerin tutulmasını içeren çok yönlü ve kapsamlı bir ilişkiyi gerektirmektedir. Sadece kayıtla sınırlı bir ilişki durumunda, Anayasanın 135 inci maddesi ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ve 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu ile TMMOB ve bağlı meslek odalarına verilen görevlerin yürütülerek Anayasal amaçlara ulaşılması olanaklı olamaz.

İptali istenen düzenlemedeki, “Harita, plan, etüt ve projeler; idare ve ilgili kanunlarında açıkça belirtilen yetkili kuruluşlar dışında meslek odaları dahil başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulamaz, tutulması istenemez. Vize veya onay yaptırılmaması ve benzeri nedenlerle müelliflikler veya bunlara ait kuruluşların büro tescilleri iptal edilemez veya yenilenmesi hiçbir şekilde geciktirilemez. Müelliflerden bu hükmü ortadan kaldıracak şekilde taahhütname talep edilemez.” şeklindeki kurallar ile serbest mimar, mühendis ve şehir plancıları ya da meslek büroları tarafından piyasa şartlarında ve rekabet ortamında hazırlanan harita, plan, etüt ve projelerin meslek odalarınca “meslek disiplini ve

ahlakını korumak maksadıyla” denetimine ilişkin olarak meslek odaları tarafından Anayasanın 135 inci maddesi ile 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu hükümlerine göre hazırlanıp, Genel Kurullarınca kabul edilen ve bu bağlamda üyelerinin ortak iradesini temsil eden yönetmeliklerdeki mesleki denetim ve tescil ile mesleki etik kurallara ilişkin kuralların uygulanmayacağı; denetimden kaçılması durumunda müelliflerin veya bürolarının tescil işleminin iptal edilemeyeceği; yenilenmesinin geciktirilemeyeceği ve müelliflerden bunun aksine taahhütname talep edilemeyeceği kurullaştırılmaktadır.

Meslek odalarının “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” yaptıkları denetim yetkisi ile meslek mensuplarının sicilini tutma ve meslek bürolarını tescil etme görevini kullanmaları, meslek odalarının Anayasanın 135 inci maddesi ile 6235 sayılı Kanundan kaynaklanan yetki ve görevleri olduğuna; 6235 sayılı Kanununun 32 nci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde “vesika ücretleri”, (f) bendinde “para cezaları”, (h) bendinde “mesleki müsabakalarda derece ve mansiyon alanlarla jüriye aza seçilenlerin alacakları paraların yüzde beşleri” meslek odalarının gelirleri arasında sayıldığına ve Anayasanın 18 inci maddesinde de angarya yasaklandığına göre; meslek odaları üyelerinin katılımıyla oluşan Genel Kurul kararıyla yürürlüğe giren ve dolayısıyla tüm üyelerin ortak iradesini temsil eden “uygulama, tescil ve mesleki denetim yönetmelikleri ile mimarlık-mühendislik ve asgari ücret-asgari çizim ve düzenleme esasları yönetmeliklerinde” belirtilen kurallar çerçevesinde, üyeleri tarafından hazırlanan harita, plan, etüt ve projeleri, “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” denetlemesi, denetimden kaçılması halinde, tescillerinin geciktirilmesi veya iptal edilmesi, denetim, tescil ve sicil kayıtlarına ilişkin olarak da yönetmeliklerde öngörülen bedellerinin alınması; Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesinin ve 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına verilen kamusal görevlerin doğal bir sonucudur.

Yasalaşan, meslek odalarının üyeleri tarafından hazırlanan ve meslek odası ile üyesi arasında hukuki sonuç doğuran harita, plan, etüt ve projelerin, meslek odalarının “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” yaptıkları mesleki denetimden kaçırılmasına, denetimden kaçışa ilişkin tescilin geciktirilmesi veya iptali yaptırımının ortadan kaldırılmasına ve üyelerinin mesleki sicillerinin mesleki faaliyet, başarı ve etik kurallara riayete göre tutulmasına ilişkin kuralların uygulanamaz kılınarak, Anayasanın 135 inci maddesinin verdiği yetkilerin örtülü şekilde meslek odalarının elinden alınmasıyla birlikte;

- Meslek mensuplarının eseri olan “harita, plan, etüt ve projeleri”n, mühendislik, mimarlık ve şehir plancılığı disiplinleri ile bilimsel-teknik gereklerinden ve kamu yararından hızla uzaklaşmasına yol açılacağı;

- Mesleki denetim, periyodik kontrol, ölçüm vb. mesleki teknik kriterler ile üye sicili devre dışı kalacağından, mesleki yeterliğin takibi, gelişimi, uzmanlık alanı, mesleki etik ilkelere bağlılık gibi hususların belgelendirilmesi ve sicillerin tutulmasının yapılamayacağı;

- Bilimsel ve teknik gereklerinden uzak, kuralsız, standartsız, tanımsız harita, plan, etüt, proje ve rapor üretiminin önünün açılacağı;

- Kent rantları yaratmak uğruna fay hatları, heyelanlı bölgeler ve taşkın alanlarının yerleşme ve yapılaşmaya açılmasının önündeki mesleki direnç ortadan kalkarak gelecekte önüne geçilemez can ve mal kayıplarının yaşanmasının ülkenin kaderi haline geleceği;

- *Tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile tarım, orman, mera ve su kaynaklarının bilimsel ve teknik gerekleri ile Anayasal kurallara uygun korunması ve kamu yararına kullanılmasının önündeki, meşruiyetini mimarlık, mühendislik ve şehir plancılığı disiplinlerinin bilimsel-teknik gereklerinden alan ve aykırılıklara yaptırımı üyelerin ortak iradesini yansıtan örgütlü gücün, mesleki yaptırımları devre dışı kalacağından, tarihi ve kültürel değerler ile doğal kaynakların bir rant aracına dönüşerek hızla yok olacakları;*

- *Denetimsiz piyasa koşullarında oluşacak haksız rekabet, bir yandan mesleki hizmetleri bilimsel-teknik gereklerinden kopararak kalitesizliği egemen kılarken, diğer yandan mesleki-teknik gereklerden ödün vermeyen meslek bürolarının yaşayamaz duruma geleceği;*

- *Meslek mensupları ile hizmetten yararlananlar arasında meslek disiplini ve ahlakına uymayan kural dışı ilişkiler yaygınlaşarak, dürüstlük ve güven ilişkisinin ortadan kalkacağı;*

- *Kentleşme, yerleşme ve yapılaşma ile tarihi-kültürel değerlerin ve doğal kaynakların korunmasına ve kamu yararına kullanılmasına ilişkin politikalarda çok seslilik ve toplumsal muhalefet ortadan kalkacağından, ülke demokrasisinin bundan güç kaybedeceği;*

yeterince açık hususlardır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, yasakoyucunun üstünde Anayasanın ve hukukun evrensel ilkelerinin 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 yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde tüm devlet erkinin nihai amacı kamu yararını gerçekleştirmektir.

İptali istenen, “Harita, plan, etüt ve projeler; idare ve ilgili kanunlarında açıkça belirtilen yetkili kuruluşlar dışında meslek odaları dahil başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulamaz, tutulması istenemez. Vize veya onay yaptırılmaması ve benzeri nedenlerle müelliflikler veya bunlara ait kuruluşların büro tescilleri iptal edilemez veya yenilenmesi hiçbir şekilde geciktirilemez. Müelliflerden bu hükmü ortadan kaldıracak şekilde taahhütname talep edilemez.” şeklindeki kurallar, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyumlu olmadığı ve meslek odalarının “mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak”, amacına ulaşmak için “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” yaptıkları mesleki denetim ile meslek mensuplarının sicilini tutma görevlerini ortadan kaldırmayı amaçladığı için, Anayasanın 2 nci maddesi ile 135 inci maddesine aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (p)

bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendi, Anayasanın 2 nci maddesindeki “demokratik devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleri ile 135 inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) (i) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendiyle, idarelerce onaylanmış; mevcut durumu gösteren halihazır haritalar, parselasyon planları ile teknik ve idari düzenlemeleri içeren 3194 sayılı Kanun kapsamındaki planların değişiklik ve revizyonlarında ilk müellifin görüş veya izninin aranmayacağı kurallaştırılmıştır.

Bentte geçen, halihazır haritalar, parselasyon planları ile teknik ve idari düzenlemeleri içeren 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamındaki planlar, fikri mülkiyet haklarının konusunu oluşturmakta ve fikri mülkiyet haklarının kapsamında bulunmaktadır.

Fikri mülkiyet hakları kapsamındaki ilk uluslararası sözleşmeler, 1883 tarihli Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi ile 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesidir.

Bern Sözleşmesinin 1 inci maddesinde, Sözleşmenin uygulanacağı ülkelerin, eser sahiplerinin edebiyat ve sanat eserleri üzerindeki haklarını korumak amacıyla Birlik kuracakları belirtilirken, 2 nci maddesinin (1) numaralı paragrafı;

“‘Edebiyat ve Sanat Eserleri’ deyimi, ifade şekli ne olursa olsun, edebiyat, bilim ve sanat alanındaki kitaplar, dergiler ve diğer yazılar; konferanslar, nutuklar, vaazlar ve benzer nitelikteki diğer eserler; dramatik eserler veya dramatik-müzik eserleri; koreografik eserler ve pandomima gösterileri; sözlü veya sözsüz müzikal kompozisyonları, sinema tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen sinematografik eserler; çizim, sulu ve yağlı boya resim, mimarlık, heykeltraşlık, oymacılık ve taş basma eserler, fotoğraf tekniğine benzer bir yöntemle ifade edilen fotoğraf eserleri; uygulamalı sanat eserleri; resimlendirmeler, haritalar, planlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler gibi bütün ürünleri içerecektir.” şeklinde kurallaştırılarak; “mimari eserler, haritalar, planlar, krokiler ve coğrafya, topografya, mimari veya bilimsel üç boyutlu eserler” Edebiyat ve Sanat Eserleri olarak nitelendirilmiş ve koruma kapsamına alınmıştır.

1883 tarihli Paris ve 1886 tarihli Bern sözleşmelerine dayanılarak 14 Temmuz 1967’de imzalanan bir anlaşmayla Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization- WIPO) kurulmuş ve WIPO anlaşması 1970 yılında yürürlüğe girmiştir. 1974 yılında ise WIPO, Birleşmiş Milletlerin uzman bir kuruluşu haline getirilmiştir.

Türkiye, 14 Ağustos 1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla WIPO’ya katılmış; 12 Mayıs 1976’dan itibaren de örgütün üyesi haline gelmiştir.

Bern Sözleşmesinin 1 inci maddesi ile bu sözleşmeyi imzalayan ülkeler sözleşmenin uygulanmasına ilişkin tüm konular üzerine çalışmak amacıyla Bern Birliği’ni kurmuşlardır. Birliğin idari işleri WIPO’nun Uluslararası Bürosu tarafından yürütülmektedir.

Türkiye, öncelikle 1951 yılında Bakanlar Kuruluna verilen yetkiyle 1 Ocak 1952'de Bern Sözleşmesi'nin 1948 yılında tadil edilmiş metnine katılmıştır. 07.07.1995 tarihli ve 4117 sayılı "Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun" ile ise Bern Sözleşmesi'nin en son haline taraf olmuştur. Kanun, 12.07.1995 tarihli ve 22341 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Öte yandan, 1948 Tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 27 nci maddesinde;

"1. Herkes toplumun kültürel faaliyetine serbestçe katılmak, güzel sanatları tatmak, bilim alanındaki ilerleyişe katılmak ve bundan yararlanmak hakkına sahiptir.

2. Herkesin sahibi bulunduğu (yarattığı) her türlü bilim, edebiyat veya sanat eserinden doğan manevi ve maddi yararlarının korunmasını isteme hakkı vardır." kuralına yer verilmiş; 30 uncu maddesinde ise, "Bu Bildiri'nin hiçbir unsuru, içinde açıklanan hak ve özgürlüklerin bir devlet, topluluk ya da bireyce ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir etkinlik ya da girişime hak verir biçimde yorumlanamaz." denilmiştir.

1951 yılında Bakanlar Kuruluna verilen yetkiyle birlikte, 05.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girmiş; 07.07.1995 tarihli ve 4117 sayılı Kanunun hemen öncesinde ise, 07.06.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle 5846 sayılı Kanun, Bern Sözleşmesinde 1979'da yapılan tadille uyumlu hale getirilmiştir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 07.06.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik 2 nci maddesinin (3) numaralı bendinde, "Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeyit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri" ilim ve edebiyat eseri sayılarak koruma altına alınmış; yine 4 üncü maddesinde güzel sanat eserleri içinde "mimarlık eserleri"ne de yer verilmiştir.

Kanunun "Tanımlar" başlıklı 1/B maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde "Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"; "Eser sahibi" ise (b) bendinde, "Eseri meydana getiren kişi" şeklinde tanımlanmış; 11 inci maddesinde ise, yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimsenin, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Eser sahipliği eser niteliğindeki bir ürünün yaratılmasıyla meydana gelen bir statüdür. Eserin meydana gelmesiyle birlikte ortaya çıkan bir hukuki durumdur. Bu nedenle 5846 sayılı Kanunun koruması altında olabilmek için bir eser vücuda getirmek yeterlidir (Bkz. Prof. Dr. Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, "Eser Sahipliği Teorisi" s. 34).

Diğer yandan, 5846 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde, fikir ve sanat eserleri üzerinde sahibine mali ve manevi koruma öngörülerek eser sahibine tanınan hak ve yetkilerin eserin

bütünü ve parçalarını kapsadığı belirtilmiş; 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamacağı; üçüncü fıkrasında, eser sahibi kayıtsız ve şartsız izin vermiş olsa dahi, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedeceği, menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa dahi vazgeçmenin hükümsüz olduğu; 17 nci maddesinin ikinci fıkrasında, eserin malikinin eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebileceği; ancak eseri bozmayacağı, yok edemeyeceği ve eser sahibinin haklarına zarar veremeyeceği, “eser sahibinin manevi hakları” bağlamında kurallaştırılmıştır.

Bu bağlamda, “Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri”nin, değişiklik ve revizyonlarında, eser sahibinin görüş ve izninin alınması, 5846 sayılı Kanunun varlık nedenidir.

Bayındırlık ve İskan Bakanlığı’nca Plan Yapımına Ait Esaslara Dair Yönetmelik’te yer alan “plan değişikliklerinde plan müelliflerinin uygun görüşünün alınması şarttır” düzenlemesinin yürürlükten kaldırılması nedeniyle açılan davada Danıştay Altıncı Dairesi 18.10.2006 günlü ve E.2005/1441, K.2006/4862 sayılı kararında, “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1/B maddesinde genel anlamda ‘eser’ tanımı yapılmış, 2. maddesinin 3. fıkrasında her nevi planların fikir ve sanat eseri sayıldığı, 16. maddesinin 1. fıkrasında da, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut ese sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı, hükme bağlanmıştır. Bu hükümler uyarınca planın teknik ve bilimsel fikir eseri olarak korunduğu, eser sahibinin izni olmadıkça plan değişikliği yapılamayacağı, planda değişiklik yapılabilmesi için plan müellifinin muvakatının alınması gerektiği açıktır.

Bu durumda, 5846 sayılı Yasada belirtilen düzenlemenin uygulanması ve Yasa kapsamında bulunan planın eser olarak korunması amacıyla plan müellifinin gerekçeli uygun görüşünün alınmasının şart olduğu yolundaki önceki yönetmelik maddesinin (yürürlükten) kaldırılmasına ilişkin dava konusu yönetmelik değişikliğinde hukuka uyarlık görülmemiştir.” denilmiş (EK: 9/4); Bakanlığın kararı temyiz etmesi üzerine ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 21.02.2008 günlü ve E.2007/57, K.2008/226 sayılı kararıyla Danıştay Altıncı Dairesinin söz konusu kararının OYBİRLİĞİ ile onanmasına karar vermiştir (EK:9/5).

Bu durumda, idarelerce onaylanmış; mevcut durumu gösteren halihazır haritalar, parselasyon planları ile teknik ve idari düzenlemeleri içeren 3194 sayılı Kanun kapsamındaki planların değişiklik ve revizyonlarında ilk müellifin görüş veya izninin aranmayacağına kurullaştırılması, “Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” bağlamında, 5846 sayılı Kanunun bütünüyle ilgası yanında, Türkiye’nin taraf olduğu Bern Sözleşmesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinden imzasını çekmesi anlamına gelmektedir.

Kaldı ki Türkiye’nin, Fikri Mülkiyet Hukuku başlığı altında yer alan telif haklarına ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin AB mevzuatına uyumu, Gümrük Birliğinin nihai aşamasının

uygulanmasına ilişkin 1/95 sayılı Türkiye-AB Ortaklık Konseyi Kararından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Bu bağlamda, iptali istenen söz konusu düzenleme, Türkiye-AB Katılım Ortaklığı çerçevesinde açılan 7 no'lu müzakere başlığı bağlamında müzakereler sürdürülür; Fikri Mülkiyet Hukuku Faslında Tanıtıcı Tarama Toplantısı 6-7 Şubat 2006 tarihlerinde, ayrıntılı Tarama Toplantısı ise 2-3 Mart 2006 tarihlerinde gerçekleştirilir ve bu fasla dair 1 adet açılış kriterini içeren Avrupa Birliği Dönem Başkanlığı mektubu 4 Nisan 2007 tarihinde Türkiye'ye iletilmişken yapılmaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak kabul edilmiş; 13 üncü maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, hakkın özüne dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, yasakoyucunun üstünde Anayasanın ve hukukun evrensel ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak kabul edilmiştir. Fikri haklar ise, mülkiyet hakkının kapsamı içinde yer almaktadır.

Mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini içerir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, hakkın özüne dokunulmaması, demokratik toplum düzeninin gerekleri arasında yer alır. Demokratik bir hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun hakkın kullanımını ortadan kaldıran veya ölçüsüzce sınırlayan düzenlemeler, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

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. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü ve E.1999/33, K.1999/51 sayılı, 18.10.2012 günlü ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararları).

3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendindeki, idarelerce onaylanmış; mevcut durumu gösteren halihazır haritalar, parselasyon planları ile teknik ve idari düzenlemeleri içeren 3194 sayılı Kanun kapsamındaki planların değişiklik ve revizyonlarında ilk müellifin görüşü veya izninin aranmayacağına ilişkin kural, eser sahibinin fikri mülkiyet hakkını, ölçüsüzlüğün ötesinde bütünüyle ortadan kaldırarak kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 36 nci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” denilmiş; fikri mülkiyet hakkı, Bern Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde koruma altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, fikri mülkiyet haklarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 No’lu Protokol’ün 1 inci maddesindeki mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir.

AİHM, 1 No’lu Protokolün 1 inci maddesindeki mülkiyet veya “mülk” kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Bu bağlamda çeşitli kararlarında, taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilir veya -fikri mülkiyet hakkı gibi- elle tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşları, evsahibinin kira alacağı, bir mesleğin yürütülmesine ilişkin ekonomik çıkarlar, bir mesleği icra etme hakkı, belli bir usulün uygulanacağına dair meşru beklenti, hukuki bir hak iddiası ve bir sinemanın müşterilerini, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM, en son verdiği kararlardan Ashby Donald ve Diğerleri - Fransa davasında (10.01.2013- 36769/08), üye devletlerin Sözleşme'nin 10 uncu maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü ile 1 No’lu Protokolün 1 inci maddesinde korunan mülkiyet hakkı arasındaki çatışan hak ve menfaatleri dengelemek durumunda olduklarını vurgulamıştır. Kararda, 2007 tarihinde Büyük Daire’nin Anheuser-Busch Inc. - Portekiz son kararına göndermede bulunarak, “başvurucuların ifade özgürlüklerine yönelik müdahalenin moda yaratıcısının haklarını korumayı amaçladığını; bu nedenle fikri mülkiyete uygulanan 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin (...) Sözleşme ve Protokollerinde güvence altına alınan hakları koruduğunu” yinelemiştir.

Sonuç olarak, AİHM, Paris İstinaf Mahkemesinin başvuruçuların telif hakkı sahibinin izni olmaksızın fotoğrafları dağıttıkları ve sundukları ve böylece başkalarının fikri mülkiyet haklarını ihlal ettikleri tespitine göndermede bulunarak, “başvurucular kasten davacıların fotoğraflarını telif hakkı sahiplerinin izni olmaksızın yayınlamıştır. Bu yüzden sistemin basın özgürlüğüne yönelik taahhütlerine saygı gösterilmediği olgusuna dayanarak sorumluluktan kaçamaz ve bu nedenle sahtecilikten suçludurlar. Mahkeme ulusal mahkemenin bu örneklerin moda tasarımcılarının mülkiyetinden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkını başvuruçuların ifade özgürlüğüne üstün tutarken takdir haklarını aştıklarını düşünmek için bir neden görmemektedir” diyerek fikri mülkiyet hakkını ifade özgürlüğünden de üstün tutmuştur.

Eser sahibinin Bern Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle koruma altında olan fikri mülkiyet hakkını, bütünüyle ortadan kaldırarak kullanılamaz kılan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendi, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) (j) Bendingin Anayasaya Aykırılığı

3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (j) bendi ile ilgili idarelerin, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre mimari estetik komisyonu kuracakları; komisyonun, yapıların ve onaylı mimari projelerinin özgün fikir ifade edip etmediğine karar vermeye yetkili oldukları; özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşünün aranmayacağı; özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise, eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmediklerine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği; bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücretinin, ilgili meslek odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

İptali istenen düzenlemenin ilk tümcesinde, “İlgili idareler, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre mimari estetik komisyonu kurar” denilerek komisyon üyelerinin kimlerden oluşacağı, hangi kriterlere göre tespit edileceği, çalışma düzeninin nasıl olacağı belirtilmeksizin, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın düzenlenmesi Çevre ve Şehircilik Bakanlığının tek taraflı tasarrufuna bırakılmıştır.

Anayasanın 7 nci maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilirken; 123 üncü maddesinde ise, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin içtihad kazanmış kararlarına göre, yasa ile yürütmeye genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yürütme ancak, yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda bağlı ve tamamlayıcı kural koyabilir. Temel ilkeleri belirtilmeden ve çerçevesi çizilmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılması, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur.

Öte yandan, Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan “kanunla düzenlenir” deyiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirilmiştir. Örneğin, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuya, “Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.” denilmiştir.

“İlgili idareler, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre mimari estetik komisyonu kurar” tümcesiyle, hiçbir ilke getirilmeden ve çerçeve çizilmeden mimari estetik komisyonunun kurulmasına ilişkin esasları belirleme yetkisinin bütünüyle Çevre ve Şehircilik Bakanlığına devredilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve idarenin kanuniliği ilkesiyle bağdaşmadığı için Anayasanın 7 nci ve 123 üncü maddesine aykırıdır.

Bendingin ikinci tümcesinde ise, “Komisyon, yapıların ve onaylı mimari projelerinin özgün fikir ifade edip etmediğine karar vermeye yetkilidir.” denilmiş; fakat komisyonun, fikri haklar

kapsamında olan yapıların ve onaylı mimari projelerin özgün fikir ifade edip etmediğine hangi kriterleri esas alarak nasıl karar vereceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, birey yasadaki belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmelidir. Hukuk güvenliği ise, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kurallandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallandırılmasıdır. Kurallandırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Mimari proje ve planlar, bilimsel ve teknik yönüyle mesleki ve teknik kurallara uygun olarak hazırlanmak durumundadır. Ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 2/3 maddesinde geçen “teknik ve ilmi mahiyet”, plan ve projelerin bilimsel ve teknik ilkelere göre eser sahibi tarafından kendi hususiyeti ile biçimlendirilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu kurallar çerçevesinde ortaya çıkan fikri ürün 5846 sayılı Kanunun koruması altındadır ve 11 inci maddesine göre de eseri ortaya çıkararak kişi eserin aslına adını yazdığı anda aksi sabit oluncaya kadar eser sahibi sayılır.

Doktrinde de bir eserin ortaya çıkışı maddi fiil olgusuyla nitelenmektedir. Eser niteliğini gösteren hususiyetin belirmesiyle eser sahipliği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. “Sahibinin hususiyetini taşıması” ve “yasada sayılan kategoriler içinde yer alması” koşulları gerçekleşmişse, yapının fikri eser olarak nitelenmesi için 5846 sayılı Kanundaki eser tanımına göre başka bir koşul aranmaz. Buradaki “hususiyet”in varlığı bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olmasıdır. Yani eser niteliği bağımsız fikri çalışmaya bağlı olarak kendiliğinden ortaya çıkar. “Hususiyet”, bu tür eserlerin bilimsel ve teknik niteliklerinde görülür. Eser niteliğinin özgünlüğünün belirlenmesi bakımından bir test olmadığı gibi herhangi bir kişi veya merci de bu konuda yetkili kılınmamıştır. Yasada belirtilen kategoriler içinde sayılan ürünlerde, herhangi bir uyumsuzluk olmadığı müddetçe sahibinin hususiyetinin varlığı kabul edilir. Bu konuda bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda, yani taklit, kopyalama, intihal gibi bağımsız bir fikri çalışma olmadığı iddia edildiğinde ise, tespit etmek ve uyumsuzluğu çözmek konusundaki yetki bağımsız mahkemelerdedir (Bkz. Yrd. Doç. Dr. Hayri Bozgeyik, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Mimari Eserlerin Korunması, s. 47, 48, 96 ve 99).

Bu bağlamda, sahibinin hususiyeti ile biçimlendirilmiş ve ortaya çıktığı anda varlık kazanarak koruma altına alınmış onaylı mimari projelerin ve bunların cisimleşmiş şekli olan

yapıların, hiçbir kriter ortaya konmadan, ilkeler belirlenmeden ve çerçeve çizilmeden kurulan bir komisyona “özgün fikir ifade edip etmediğine” karar verme yetkisi tanınmasında, hukuksal belirlilik olmamanın yanında eser sahiplerinin hukuki güvenlikleri ortadan kaldırılmakta ve ayrıca düzenleme yasama yetkisinin devri sonucunu da doğurduğundan, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ve 7 nci maddelerindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, sahibinin hususiyeti ile biçimlendirilmiş ve ortaya çıktığı anda “fikri eser” niteliği kazanarak koruma altına alınmış mimari tasarımların ve bunların maddileşmiş hali olan yapıların, hiçbir kriter belirlenmeden, ilkeler ortaya konmadan, sınırları belli olmayan ve dolayısıyla kişisel fikirlere ve sübjektif değerlendirmelere açık bir yöntemle, kamu gücüyle kurulmuş herhangi bir komisyonun üyelerinin estetik anlayışlarına bağlı olarak verecekleri “özgün fikir ifade ediyor” kararıyla “fikri eser” niteliği kazanacak olması, iç hukuk yanında uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınan fikri eserlerin, fikri eser niteliği kazanmalarına ilişkin kurallarıyla bağdaşmamanın yanında fikri eserlerin korunmasının özüne de aykırıdır.

Çünkü, gerek Bern Sözleşmesinde, gerek bunun yansıması olan Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, sahibinin hususiyeti ile biçimlendirilmiş eser, varlık kazandığı, yani ortaya çıktığı anda, fikri eser sayılmakta ve fikri mülkiyet hakları bağlamında koruma altına alınmaktadır. Bağımsız bir fikri çalışma olarak eserin varlık kazanması için, “özgün fikir ifade etme” şartı aranmadığı gibi, söz konusu şartı arayacak herhangi bir komisyonun incelemesine de tabi tutulmamaktadır. Taklit, kopyalama, intihal gibi bağımsız bir fikri çalışma olmadığına yönelik iddialar var ise, dava açılması durumunda eserin taklit, kopyalama veya intihal olup olmadığına ve dolayısıyla özgün fikir ifade edip etmediğine karar verecek olan da yetkili yargı mercileridir.

Bu bağlamda, Devletin kamu gücüyle kuracağı herhangi bir komisyona, mimari eser ve yapıların, “özgün fikir ifade edip etmediğine” karar verme ve “özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşünü aramama” yetkisi tanınması, yani nelerin sanat eseri, nelerin sanat eseri olmadığını belirleme yetkisinin Devlete verilmesi, Anayasanın 27 nci maddesindeki bilim ve sanat özgürlüğüne açık bir aykırılıktır ve otoriter ve hatta totaliter rejimlerde dahi örneği görülmemektedir.

Bendin devamında ise, özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşünün aranmayacağı; özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmediklerine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği; bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücretinin; ilgili meslek odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

5846 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre, bir eser meydana geldiğinde, eser sahibinin mali ve manevi hakları Kanunun koruması altındadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun üçüncü bölümünde eser sahibine tanınmış manevi ve mali haklardan oluşan fikri haklar sıralanmaktadır. “Eserde değişiklik yapılmasını menetme” hakkı, Kanunda manevi haklar arasında sayılmıştır. Kanunun 16 ncı maddesinde eser sahibinin izni olmadıkça eserin değiştirilemeyeceği, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa dahi şeref ve

itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebileceği kurallaştırılmıştır.

Oysa, iptali istenen düzenlemelerde, bir yandan özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşü aranmazken; diğer yandan özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedeğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği kurallaştırılmaktadır.

İptal Dava Dilekçesinin yukarıda yer verilen (tekrar olacağı için yazılmamıştır) 6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendinin Anayasaya aykırılığına ilişkin gerekçelerle, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Türkiye'nin katıldığı Bern Sözleşmesinin 2 nci maddesinde, mimari proje ve mimarlık eserleri korunan eserler arasında sayılmakta ve devamı maddelerinde eser sahiplerinin eserleri üzerindeki hakları ve koruma süreleri düzenlenmektedir. Sözleşmeye göre fikir ve sanat eserlerini korumak üzere bir Birlik kurulmuş ve Birliğe katılan ülkeler eser sahiplerinin haklarını tüm ye ülkelerde korumayı taahhüt etmişlerdir. Buna göre Bern Sözleşmesinde tanınan asgari hakları, kendi mevzuatlarında bulunmasa dahi ye ülkelerin vatandaşlarına tanıma zorunluluğu vardır. Dolayısıyla mimari proje ve mimarlık eserleriyle ilgili iptali istenen düzenlemelerle fikri mülkiyet haklarının ortadan kaldırılması, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları ile diğer ülkeler yurttaşları arasında eşişsizliğe de yol açacaktır. nk, Birliğe katılan ülkelerin vatandaşlarının Türkiye'de yaptıkları mimari proje ve mimarlık eserleri üzerindeki haklarını sözleşme hükümlerine göre Türkiye'nin koruma yükümlülüğü olduğundan, Türkiye kendi yuttaşını korumazken, yabancıyı korumak durumunda kalacaktır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde yasa önünde eşişlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre hukuksal durumları aynı olan kişilere aynı kuralların, farklı olanlara farklı kuralların uygulanması gerekmez. İptali istenen düzenlemeler bağlamında tek farklılık, uyruklukta ortaya çıkmakta, ve hatta Anayasanın 16 ncı maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği de belirtilmişken; iptali istenen düzenlemelerin Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları aleyhine bir eşişsizliğe yol açması, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Mimari projelerde ve mimarlık eserlerinde izinsiz değişiklik yapılmasını 5846 sayılı Kanunun 16 ncı maddesindeki "eser sahibinin izni olmadıkça eserde değişiklik yapılamaz" kuralının ihlali sayarak eser sahibi lehine tazminat hükmedilen sayısız yargı kararı bulunmaktadır. İmar Kanunu'nda yapılan düzenleme ile eser sahiplerinin haklarının takibi için 5846 sayılı Kanunda yer verilen hak arama yolları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. İdare bünyesinde bu konuda tespit yapma yeterliliği dahi olmayan kişilerden oluşturulacak komisyonların vereceği "eser değildir" veya "eserin bütünlüğünü bozmamaktadır" ya da "estetik görünümünü değiştirmemektedir" veyahut da "yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunludur" kararları sonucunda, eser sahiplerinin haklarını yargı yoluyla tespit ettirip zararlarını tazmin ettirebilme imkanı kalmayacağı için iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 36 ncı maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 64 üncü maddesinde, Devlete, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı koruma; sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken önlemleri alma görevi verilmiştir. İptali istenen düzenlemeler, ilim ve edebiyat eseri olan mimarlık projeleri, planlar ve güzel sanat eseri olan mimarlık eserlerinin ve eser sahiplerinin haklarının desteklenmesi bir yana korunmasını öngören, ulusal ve uluslararası kuralları ortadan kaldırdığı için, Anayasanın 64 üncü maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (j) bendi; Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 13 üncü, 35 inci, 36 ncı, 64 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (p) Bendinin (3) Numaralı Alt Bendi ile Değiştirilen 3194 Sayılı İmar Kanununun Ek 4 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (3) numaralı alt bendi ile değiştirilen 3194 sayılı İmar Kanununun ek 4 üncü maddesiyle özetle;

Mera, yaylak ve kışlakların geçici yerleşme yeri olarak uygun görülen kısımlarının valiliklerce kurulacak komisyonlarla tespit edilmesi; tespit edilen bu yerlerin ot bedeli alınmaksızın Hazine adına tescil edilmesi; ilgili belediyesince veya ve mücavir alan sınırları dışında ise il özel idaresince vaziyet planı ve yapılaşma şartlarının hazırlanması; isteklilere bedeli karşılığında iki katı ve 200 m²'yi geçmemek üzere konut yapılması için 29 yıla kadar tahsis edilmesi; bu şekilde tahsis edilecek mera yaylak ve kışlakların il genelindeki toplam mera, yaylak ve kışlakların binde beşini geçmemesi;

Mera, yaylak ve kışlaklardan 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu uyarınca turizm merkezleri ve turizm gelişim bölgeleri ilan edilen bölgeler içinde kalan kısımlarının, ot bedeli alınmaksızın tahsis amacı değiştirilerek Hazine adına tescil edilmesi ve 2634 sayılı Kanun kapsamında kullanılmak üzere Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsisi;

öngörülmektedir.

Anayasanın 45 inci maddesinin birinci fıkrasında, Devlete tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önleme görevi verilmiştir.

Anayasanın 45 inci maddesi uyarınca hazırlanarak yürürlüğe giren 25.02.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 3 üncü maddesinde;

“Çayır: Taban suyunun yüksek bulunduğu veya sulanabilen yerlerde biçilmeye elverişli, yem üretilen ve genellikle kuru ot üretimi için kullanılan yeri,”

“Mera: Hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri,”

“Yaylak: Çiftçilerin hayvanları ile birlikte yaz mevsimini geçirmeleri, hayvanlarını otlatmaları ve otundan yararlanmaları için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri,”

“Kışlak: Hayvanların kış mevsiminde barındırılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yeri,”

“Tahsis: Çayır, mera, yaylak ve kışlakların kullanımlarının verimlilik ve sosyal adalet ilkelerine uygun şekilde düzenlenerek, münferiden ya da müştereken yararlanılmak üzere bir veya birkaç köy ya da belediyeye bırakılmasını,”

şeklinde tanımlanmıştır.

Bu bağlamda, tahsis amacı değiştirilerek tapuya Hazine adına tescil edildikten sonra yerleşme ve yapılaşmaya açılıp, isteyenlere konut yapmak üzere 29 yıllığına kiralanacak mera, yaylak ve kışlaklar, şu anda hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için bir veya birkaç köy veya belediyeye münferiden veya müştereken tahsis edilmiş bulunmaktadır. Tahsisin değişmesi demek, söz konusu yerlerin hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin elinden alınması demektir.

4342 sayılı Mera Kanununun “Mera, Yaylak ve Kışlakların Hukuki Durumu” başlıklı 4 üncü maddesinde, Mera, yaylak ve kışlakların kullanma hakkının bir veya birden çok köy veya belediyeye ait olduğu; bu yerlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu; mera, yaylak ve kışlakların özel mülkiyete geçirilemeyeceği, amacı dışında kullanılmayacağı, zaman aşımı ile kazanılmayacağı, sınırlarının daraltılamayacağı; sadece kullanım hakkının kiralanabileceği belirtilmiştir.

Öte yandan, 4342 sayılı Kanunun “Tahsis Amacının Değiştirilmesi” başlıklı 14 üncü 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 Kanununun “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.

Oysa, iptali istenen düzenlemede hiçbir ayırım yapılmadan “Mera, yaylak ve kışlakların geleneksel kullanım amacıyla geçici yerleşme yeri olarak”, “talep sahiplerine bedeli karşılığında yirmi dokuz yıla kadar tahsis edilmesi” öngörülmektedir.

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 hayvanlarını otlatmasına bağlı olan ve yılın belli aylarında kullanılan geçici yerleşme yerleri olmalarında yatmaktadır. 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 olmamıştır 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 müstemilatının, 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 yerleşme yeri olarak kullanılmaları ise, çiftçilerin hayvanlarını otlatmalarına ve otundan yararlanmalarına bağlı, ikincil, bağımlı, hayvancılıkla uğraşmalarının sonucuna dayalı kullanımdır ve kadimden beri de bu amaçla kullanılmaktadır. Hayvanlarını barındırmak ve otundan yararlandırmak amacıyla hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin yaz ve kış aylarında hayvanlarıyla birlikte geçici yerleşim yeri olarak kullandıkları yaylak ve kışlakların, bu amaç –geleneksel kullanım amacı dışında, toplumun varsıl kesimlerinin deniz havasına ek olarak yayla ve dağ havası almaları için yerleşime açılması, bir yandan hayvancılığı mandıracılık şeklinde yapabilecek kadar dahi ekonomik gücü olmayan toplumun korunmaya muhtaç çiftçi kesimlerine tahsis edilmiş yaylak ve kışlak alanların azalmasına, diğer yandan birinde hayvansal üretim, diğerinde tatil yapılan ikili bir kullanım amacına yol açacaktır.

Yerleşme ve yapılaşmaya açılacak mera, yaylak ve kışlak alanların, toplamın binde beşini aşmayacağı ve dolayısıyla bu kadarcık alanın imara açılmasının mera, yaylak ve kışlaklarda azalmaya yol açmayacağı ileri sürülebilir.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından hazırlanan "2011 Türkiye Çevre Durumu Raporu"na göre (s.24), "Türkiye'nin yaklaşık % 27'si mera, yayla, kışlak, çayır ve otlaklardan oluşmaktadır." Türkiye'nin yüzölçümünün 783.562 km² olduğu göz önüne alındığında, bunun % 27'si yani 211.561 km²'si mera, yaylak, kışlak, çayır ve otlak alanlardan oluşmakta; bunun binde beşi ise 1.058 km² yapmaktadır. İstanbul'un toplam yüzölçümünün 5.343 km² olduğu göz önüne alındığında İstanbul'un beşte biri kadar olan ve bu yanı sıra İstanbul'un imara açık alanından fazlasını oluşturan bir alanın imara açılması öngörülmektedir ki, bu miktardaki alanın az olduğu ileri sürülemez.

Anayasanın 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.

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (3) numaralı alt bendi ile değiştirilen 3194 sayılı İmar Kanununun ek 4 üncü maddesi, mera, yaylak ve kışlakları amaç dışı kullanılmak üzere yerleşme ve yapılaşmaya açarak tahrip etmeyi öngördüğü ve mera,

yalak ve kışlak alanların daraltılması yoluyla hayvansal üretimin düşmesi sonucunu doğurduğu için Anayasanın 45 inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (r) Bendiyle Değiştirilen 07.06.1985 Tarihli ve 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 11 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının (f) Bendindeki "... rehber ...", 26 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendindeki "... rehber ...", 40 ıncı Maddesinin Madde Başlığındaki "Rehber ..." ile Birinci ve İkinci Fıkralarındaki "... rehber ..." İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (r) bendiyle, 663 sayılı KHK'nin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen 58 inci maddesinin (12) numaralı fıkrasındaki düzenleme aynen yeniden yasalaştırılmıştır. Buna göre, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'ndaki Birliğin ve Odaların asgarî muayene ve tedavi ücret tarifesini hazırlamak görevini düzenleyen hükümler, muayene ve tedavi ücretlerine ilişkin rehber tarife teklifi hazırlamak şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklikle diş hekimlerinin meslek örgütü olan Türk Diş Hekimleri Birliğinin Anayasanın 135 inci maddesinden kaynaklanan, üyelerinin emeklerinin karşılığı olan ücretlerin alt sınırını belirleme görevi, "rehber tarife hazırlamak" haline gelmiştir. Rehber tarife, öneri niteliğindedir; asgarî muayene ve tedavi ücreti tarifesi yargısal uyuşmazlıklar dahil tüm işlemlerde esas alınan tarifedir.

Dişhekimliği ücret tarifesi, diğer pek çok mesleki alanda olduğu gibi meslek mensuplarının hizmetlerine ilişkin olarak alabilecekleri ücretin alt sınırını belirlemektedir. Pek çok meslek kuruluşunun sahip olduğu bu yetkinin sağlık alanında ortadan kaldırılması, asıl olarak kişilerin nitelikli sağlık hizmetine erişim hakkının ihlalidir.

Sağlık hizmetlerinde hizmeti sunan ile hasta arasındaki bilgi eşitsizliği sunulan hizmetin niteliğinin hasta tarafından algılanıp denetlenmesine çoğu zaman olanak tanımaz. Bu bakımdan, hizmetin asgarî bedelinin belirlenmesi, bu alandaki rekabetin ücret üzerinden yürütülmesinin büyük ölçüde önüne geçer. Bu ise, ücret üzerinden yürütülecek rekabetin hizmetin niteliğine olumsuz yöndeki etkisini önlemek bakımından ciddi önem taşır.

Tarifenin niteliğinin değiştirilmesinin temelinde, Sosyal Güvenlik Kurumunun genel olarak sağlık hizmetlerinde, özel olarak da dişhekimliğinde hizmetin bedelini tam olarak karşılamaktan kaçınma gayreti bulunmaktadır. Kamu kaynağının etkin kullanımı için kamu kurumlarının daha uygun ücretle hizmet almaları yerindedir. Ancak, bu çaba yürütülürken sosyal güvenlik haklarından yararlanan hastanın sağlık hizmetine erişebilmesi ve önemli bir bedeli kişisel olarak karşılamaması gerekir. Aksi takdirde, kamu kurumu yerine getirmesi gereken kamu hizmetinden kaçınmış olacaktır.

Hastaların resmi kurumlardaki ağız ve diş sağlığı hizmetlerine erişememeleri üzerine Sosyal Güvenlik Kurumu, 2010/41 sayılı Genelgesi ile genel sağlık sigortalılarının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında sağlanamayan ağız ve diş sağlığı tedavilerinin hastanın sevk edilerek Kurumla sözleşmesi olmayan diş hekimlerince sürdürülmesini benimsemiştir. Bu şekilde alınan hizmetin bedeli olarak Türk Diş Hekimleri

Birliği tarafından belirlenen asgari ücret tarifesindeki ücretin ödeneceği de yargı kararlarının uygulanması zorunluluğu sebebiyle anılan Genelge'de belirtilmiştir.

Anılan Genelge'den önce, serbest çalışan hekimlere verilecek ücretin doğrudan Kurum tarafından ve Tarifenin altında belirlenmesine yönelik işlemler uyumsuzluk konusu olmuştur. Yargı kararları, Kurum tarafından ödenecek ücretin Türk Diş Hekimleri Birliği Asgari Muayene ve Tedavi Ücret Tarifesi'nde yer alan ücretlerin esas alınacağını karara bağlamıştır (Bkz. Danıştay İkinci Dairesinin 28.11.2007 tarihli ve E.2007/2574, K.2007/4612 sayılı kararı ile Danıştay Onuncu Dairesinin 15.04.2008 tarihli ve E.2007/7393 sayılı kararı; EK: 11/1a ve EK. 11/1b).

Yürütme organı tarafından yargı kararlarına aykırı olarak aynı hükümler yeniden yürürlüğe konulmuş ve yargı organı tarafından iptal edilmiştir (Bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 01.03.2011 tarihli ve E.2008/9164, K.2011/832 sayılı kararı; EK:11/2).

Yargı kararları bu kez 6495 sayılı Kanunla Yasama Organı tarafından hükümsüz kılınmıştır.

Diğer yandan, 24.03.2013 tarih ve 28597 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş olan Sağlık Uygulama Tebliğinde kişilerin usulüne uygun sevk edilmeleri koşuluyla Kurumla sözleşmesi olmayan özel diş tabipliklerinden yararlanabilecekleri düzenlenmiş; izleyen maddelerde de sevk usulü ile ödeme işlemlerinde uygulanacak kurallar belirtilmiştir. Buna göre, ilgiliye ödenecek ücret "Ağız Diş Sağlığı Muayene ve Tedavi Ücretleri Rehber Tarifesi"nde yer alan fiyatlar tavan ve Tebliğ eki EK-2/Ç Listesinde yer alan tutarlar taban olmak ve tedavinin yapıldığı ilde o işlem için fatura edilen en düşük fatura tutarını geçmemek koşuluyla, düzenlenen fatura tutarıdır.

Böylesine belirlenen ödeme yöntemi, bir yandan hastaların sağlık hizmetini almaktan kaçınmalarına ya da ödemenin önemli miktarını kendilerinin karşılamalarına, diğer yandan da dişhekimlerinin diş hekimliği mesleğinin gereklerinden koparak tedavinin kalitesinden ödün verip ücret rekabetine girmelerine sebep olmaktadır. Çünkü, hastalar ağız diş sağlığı hizmetini, kamu tedavi kurumlarına erişim güçlüğu sebebiyle genellikle özel sağlık kuruluşlarından almaktadır. Zira, ülkemizde dişhekimliği hizmeti yaygın olarak özel muayenehanelerde sunulmaktadır. Dişhekimlerinin yaklaşık % 60'ı özel olarak çalışmaktadır. Son zamanlarda Sağlık Bakanlığı tarafından ülkenin pek çok yerinde ağız ve diş sağlığı merkezleri açılmış ise de bunlar henüz yeterli sayıda olmadığı gibi kuruldukları yerler itibariyle bakıldığında da genellikle hizmete ihtiyaç duyulan yerlerde değil, kârlılığı yüksek olan kent merkezlerinde olduğu görülmektedir.

Sayılar da bunu göstermektedir. Ülkemizde 2013 yılı itibariyle Sağlık Bakanlığına bağlı olarak faaliyet gösteren 117 Ağız ve Diş Sağlığı Merkezi (ADSM) bulunmaktadır. Bunların hemen tamamı il merkezlerindedir. Örneğin en çok ADSM'nin bulunduğu Ankara'da 8 adet ADSM bulunmasına karşın bunların tamamı merkez ilçelerdedir.

ADSM'lerin il nüfusuna göre bir dağılım göstermediği de anlaşılmaktadır. Zira Türkiye nüfusunun yüzde 18'inin yaşadığı 13 milyonluk İstanbul'da sadece dört adet ADSM mevcut iken 4,5 milyonluk Ankara'da sekiz, 2 milyonluk Bursa ve 1,5 milyonluk Konya'da üçer, 1 milyonluk Diyarbakır'da ise 1 ADSM bulunmaktadır.

	Nüfusu	Sağlık Bakanlığına Bağlı ADSM Sayısı
Ankara	4.650.802	8
Bursa	2.550.645	3
Diyarbakır	1.515.011	1
İstanbul	12.915.158	4
Konya	1.992.675	3
Şanlıurfa	1.613.737	1

Bütün sosyal güvenlik kuruluşları tek çatı altında SGK adıyla toplanmış olduğuna göre il nüfuslarının hemen tamamının SGK kapsamında olduğu ve ağız ve diş sağlığı hizmeti talep edebileceklerinde kuşku bulunmamaktadır. Bu çerçevede, mevcut ADSM ve diğer resmi sağlık kuruluşlarındaki diş tabiplerinin hastalara zamanında ve yeterli hizmet sunmalarının olanaksızlığı ortadadır.

Diğer taraftan, illerde kurulu olan ADSM'lerin il merkezlerinde bulunması sebebiyle ilçelerde yaşayanların ağız diş sağlığı hizmetlerine erişimi bir kat daha kısıtlanmış bulunmaktadır. Oysa Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2011 yılı verilerine göre, 21.000 dişhekiminin sadece 7.000'i Sağlık Bakanlığı bünyesinde iken 12.000'i yurdun her yerindeki muayenehane ve özel sağlık kuruluşlarında hizmet sunmaktadır.

Bütün bu veriler, hastaların ağız ve diş sağlığı hizmetine erişebilmeleri için kamu sağlık tesisleri dışında hizmet sunmakta olan dişhekimliklerinin de sosyal güvenlik sistemine katılması gerektiğini ortaya koymaktadır. SGK ise çıkarttığı düzenlemelerle hastalara aşamayacakları engeller getirerek ağız ve diş sağlığı hizmetinden yararlanmasını engellemekte; iptali istenen düzenlemeyle getirilen kural, bu engeli aşanların önemli ölçüde mali kayba uğramalarına sebep olmaktadır. Zira, meslek kuruluşu tarafından belirlenen ücretin asgari olmaktan çıkartılıp rehber haline getirilmesi, uyulmasına ilişkin zorunluluğu ortadan kaldırırken, SGK ise bağlayıcı olmamaktan kaynaklanan "uymama hakkını" kullanıp, hizmetin asgari ücretini tavan ücreti yaparak, hastaları cepten ödemelerle sağlık hizmeti almaya mecbur bırakmaktadır.

Öte yandan, 3224 sayılı Kanununun 40 uncu maddesinin 663 sayılı KHK ile değişikliğe uğramadan önceki halinde Sağlık Bakanlığı meslek örgütü Odalardan gelen görüşler doğrultusunda oluşturulan tarifeyi aynen ya da değiştirerek onaylayıp Resmi Gazete'de yayımlamakla yetkili kılınmıştır. Buna rağmen Bakanlık, 2007 yılından bu yana Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından gönderilen tarifeleri bekletmiş; bu uygulama idarenin güvenilirliği ve istikrar ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur (Bkz. Ankara 4. İdare Mahkemesinin 17.12.2009 tarihli ve E.2009/261, K.2009/1887 sayılı kararı ile Danıştay

Sekizince Dairesinin 25.06.2013 tarihli ve E.2010/5014, K.2013/5440 sayılı Onama kararı; (EK:11/3a ve EK:11/3b).

Anayasanın 2 nci maddesinde “sosyal hukuk devleti” ilkesine yer verilmiş; 5 inci maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 56 ncı maddesinde ise sağlık hakkına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında belirtildiği üzere, Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetilen devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasanın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, “insan onuru”nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti sağlamaya çalışır.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer verilen sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasanın 60 ıncı maddesinde ise, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” denilmektedir.

Sosyal güvenlik ise, kişilerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini ortadan kaldırılarak sağlıklı ve asgari bir hayat standardını güvence altına almayı gerektirir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturulması yetmez; kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması da gereklidir.

Türk Dişhekimleri Birliği tarafından hazırlanan muayene ve tedavi ücretlerine ilişkin “asgari tarife”yi, “rehber tarife”ye dönüştürerek, tedavi hizmetlerinde uyulması zorunlu olmaktan çıkarıp, Sosyal Güvenlik Kurumunun “Tavan Tarife” yapmasına olanak sağlayan, “rehber” ibareleri, sosyal güvenlik kapsamında olan toplumun korunmaya muhtaç (asgari ücretli) emekçi kesimlerinin, tedavi hizmetlerine erişimini engellediği için, Anayasanın 2 nci maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesinin gerekleriyle, 5 inci maddesinde Devlete temel amaç olarak verilen görevlerle, 56 ıncı maddesindeki sağlık ve 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkıyla bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının; meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ve mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak, meslek disiplini ve ahlakını korumak amacıyla kanunla kurulması, organlarının kendi üyeleri

tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında ve gizli oyla seçilmesi öngörülerek, meslek kuruluşlarına kamu tüzelkişisi statüsü tanınmış; meslek mensuplarının mesleki faaliyette bulunabilmeleri, kamu idareleri ile KİT'lerde asli ve sürekli görevlerde çalışanlar dışında zorunlu üyelik koşuluna bağlanmıştır.

Türk Dişhekimleri Birliğinin, diş hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak, meslek disiplini ve ahlakını korumak amaçlarına ulaşabilmesi; mesleğin serbestçe, piyasa koşullarında ve rekabet ortamında kaliteden ödün vermeden yapılabilmesini teminen asgari ücret tarifesi belirlemesini ve bu amaçlar bağlamında üyelerini denetlemesinden geçmektedir.

Bu bağlamda, asgari ücret tarifesinin "rehber tarife"ye dönüştürülerek, "Tavan Tarife" yapılmasına olanak sağlayan düzenleme, Anayasanın 135 inci maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (r) bendiyle değiştirilen 07.06.1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendindeki "... rehber ..." , 26 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki "... rehber ..." , 40 ıncı maddesinin madde başlığındaki "Rehber ..." ile birinci ve ikinci fıkralarındaki "... rehber ..." ibareleri, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 56 ncı, 60 ıncı ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (bb) Bendi ile Değiştirilen 07.07.2010 Tarihli ve 6004 Sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 12 nci Maddesinin İkinci Fıkrasının (d) Bendinin ve 12 nci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının (a) Bendine Eklenen Tümcenin Anayasaya Aykırılığı

İstisnai memuriyet, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 59 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk halinde, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği memurlukları, Yasama Organi, Başbakanlık, bakanlıklar özel kalem müdürlüğü, valilik, büyükelçilik, elçilik, daimi temsilcilik, Diyanet İşleri Müşavere Heyeti üyeleri ve MİT mensupları istisnai memuriyet kapsamına alınmış ve madde gerekçesinde, maddede kabul edilen statünün genel görünüşü ile atamada kolaylık sağlamasına karşılık, garantisiz bir statü olduğu, istisnai memuriyet statüsünün tasarının sistematiği içinde teşvik edilecek usul olarak görülmediği, atamada kurumlara verilen geniş yetkiyi hizmetin gereklerinin zorunlu kıldığı belirtilmişti.

İstisnai memuriyet uygulamasının temelinde "hizmetin gereği olarak atama" amacı yatmaktadır. İstisnai memuriyet kadroları, siyasal iktidarların siyasal politikalarının uygulanmasına tahsis edilmiş siyasal kadrolardır ve dolayısıyla bu kadrolara atananların siyasal kişilikleri öne çıkmaktadır.

Bunun içindir ki, istisnai memuriyet, 657 sayılı Kanunun temelinde yatan sınıflandırma, liyakat ve kariyer ilkelerinin istisnasını oluşturmakta ve 59 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılan kadrolara, 657 sayılı Kanununun 48 inci maddesinde yazılı genel şartları taşıyanlar

arasından, 657 sayılı Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın tahsis edilmiş derece aylığı ile memur atanabilmesi öngörülmektedir.

657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadrolar, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmamaktadır.

Bunun içindir ki, 24.06.1994 tarihli ve 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun "Büyükelçilerin Görevlerinin Sona Ermesi" başlıklı 25 inci maddesinin ikinci fıkrası, "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 59 uncu maddesi uyarınca Büyükelçi atananlar merkeze nakledildiklerinde Dışişleri Bakanlığı ile ilişkileri kesilir. Bunlardan diğer kamu kurum ve kuruluşlarına mensup olanların kurumlarındaki kadroları saklı tutulur ve bunlar merkeze döndüklerinde kurumlarına iade olunurlar." şeklinde kurallaştırılmıştır.

Ancak, 07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bakanlığın kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin esaslar yeniden düzenlenmiş ve 24.06.1994 günlü ve 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

6004 sayılı Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ise, "657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi çerçevesinde büyükelçi olarak atananlardan diğer kamu kurum veya kuruluşlarına mensup olanlar, merkeze döndüklerinde, hizmetlerine ihtiyaç duyulması halinde, Bakanlıkta çalışmaya ve bu görevleri süresince büyükelçi unvanını kullanmaya devam ederler. Bunlardan hizmetlerine ihtiyaç duyulmayanlar, Bakanlık ile ilişkileri kesilerek daha önceden bağlı buldukları kamu kurum ve kuruluşlarındaki kadrolarına iade edilir." şeklinde düzenlenerek, büyükelçilik görevine 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre diğer kamu idarelerinden büyükelçi atananların merkeze dönmeleri halinde, hizmetlerine ihtiyaç duyulanlar açısından, istisnai memuriyete ikinci bir istisna getirilerek, idarelerindeki görevlerine dönmeleri yerine, hizmetlerine ihtiyaç duyulduğu sürece Bakanlıkta çalışmaları ve çalıştıkları sürece büyükelçi unvanını kullanmaları öngörülmüştür. Böylece, diğer kamu idarelerinden 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre büyükelçi olarak yurtdışı göreve atananların, atandığı büyükelçilik unvanı hizmetlerine ihtiyaç duyulanlar için, 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasının aksine, istisnai memuriyetin de istisnası olarak kazanılmış hak haline getirilmiştir.

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesiyle yapılan değişiklikle ise, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 12 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendi, "657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi çerçevesinde büyükelçi olarak atananlardan Bakanlığa veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına mensup olanlar ile açıktan atananlar, merkeze döndüklerinde, Bakanlıkta çalışabilirler, Bakanlıktaki görevleri süresince büyükelçi unvanını kullanmaya devam ederler ve Bakanlıkta yönetici kadrolarına atanma dâhil meslek mensubu olanlar arasından büyükelçiliğe atananlarla aynı hükümlere tâbi olur ve aynı haklardan yararlanırlar." şekline dönüştürülerek; 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesindeki istisnai memuriyete getirilen istisnanın da istisnası getirilmiş ve böylece büyükelçilik görevine 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre diğer kamu idarelerinden veya açıktan istisnai memuriyet şeklinde atananların merkeze döndüklerinde, bir yandan istisnai memuriyetin

istisnası olan Bakanlıkta çalışmalarında aranan “hizmetlerine ihtiyaç duyulması” şartı ortadan kaldırılırken, diğer yandan Bakanlıkta çalışmaya devam etme açıktan atanarlara da sağlanmış ve Bakanlıktaki görev süresince kullanacakları büyükelçi unvanına ek olarak istisnai memuriyetin istisnasının da istisnasını oluşturan, mesleki kariyer ve liyakata dayalı Bakanlık yönetici kadrolarına atanma dahil meslek mensubu olanlar arasından büyükelçiliğe atanarlara aynı hükümlere tabi olmaları ve aynı haklardan yararlanmaları kurallaştırılmıştır.

Öte yandan, (3) numaralı fıkranın (a) bendine eklenen tümce ile aynı istisnai memuriyetin istisnasının da istisnası olan kurallar, Daimi Temsilciler için de getirilmiştir.

Kısaca düzenleme, 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre istisnai olarak diğer kamu idarelerinden veya açıktan büyükelçilik veya daimi temsilcilik görevlerine atanarlarnın merkeze döndüklerinde, 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesinin öngördüğü şekilde kurumlarına iade veya ilişkilerinin kesilmesi yerine, Bakanlıkta çalışmaya devam ederek meslek mensubu büyükelçiler gibi büyükelçi unvanlarını kazanılmış hak olarak korumalarını, meslek mensubu büyükelçilerle mesleki kariyer ve liyakata dayalı müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı genel müdürlük gibi idari kadrolara atanma dahil aynı kurallara tabi olmalarını ve aynı haklardan yararlanmalarını öngörmektedir.

6004 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı, müsteşar yardımcıları (7 adet) ve genel müdürlerin (25 adet), büyükelçilik yapmış meslek memurları arasından atanması; (e) bendinde, yurtdışı teşkilatında büyükelçi unvanıyla görev yapmış olan meslek memurlarının, merkez görevine döndüklerinde bu unvanı kullanmaya devam etmeleri; 15 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde ise, büyükelçilere valiler için belirlenen ek gösterge ve makam tazminatının uygulanması öngörülmüştür.

Dolayısıyla, 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre diğer kamu idarelerinden veya açıktan büyükelçilik ve daimi temsilcilik görevine atanarlarnın merkeze döndüklerinde, büyükelçi unvanını kullanmaya devam edecekler; Dışişleri Bakanlığı Müsteşarlığı, müsteşar yardımcılığı (7 adet) ve genel müdürlük (25 adet) kadrolarına atabilecekler ve meslek mensubu büyükelçiler gibi valiler için belirlenen ek gösterge ve makam tazminatından yararlanacaklardır.

4009 sayılı Kanunda olduğu üzere, 6004 sayılı Kanunda da Dışişleri Meslek Memurluğu/Mensupluğu kariyer meslek olarak düzenlenmiştir.

6004 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

(b) bendine göre, meslek memuru olabilmek için 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde sayılan şartlar ile Bakanlıkça açılan yarışma sınavına ilişkin yönetmelikle belirlenen diğer şartları taşımak ve bentte sayılan en az dört yıllık fakültelerden birinden veya üniversitelerin sosyal bilimler alanında en az dört yıllık lisans eğitimi veren fakültelerinden mezuniyetten sonra üzerine uluslararası ilişkiler, siyaset bilimi, kamu yönetimi, hukuk veya iktisat alanlarında lisansüstü eğitim yapmış olmak gerekmektedir.

(c) bendinde, meslek memurlarının kadrolarına karşılık gelen dereceler Kanuna ekli (1) Sayılı Listede, aday meslek memurundan müsteşara kadar hiyerarşik dizi içinde; meslek

memurlarının merkez ve yurtdışı teşkilatında taşıyacakları unvanlar ise ekli (3) Sayılı Listede aday meslek memurundan büyükelçiye kadar kariyerlerine göre sıralanmıştır. Bu bağlamda meslek memurluğu, hiyerarşik olarak aday meslek memurluğundan müsteşara kadarki kadro unvanlarını, kariyer olarak ise aday meslek memurluğundan büyükelçiye kadarki görev unvanlarını kapsayan ve sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerine dayanan kariyer bir meslektir.

ç) bendine göre, meslek memurları, başkatiplik ve konsolosluk unvanlarını yeterlilik sınavında başarılı olmaları koşuluyla elde edebilmekte; sınavda başarılı olamayanlar ise üst unvanlara (ve dolayısıyla mesleğin hiyerarşik dizinindeki genel müdür, müsteşar yardımcısı, müsteşar kadrolarına) yükseltilmemektedir.

(d) bendine göre, meslek memurlarının üçüncü, ikinci ve birinci unvan grubuna yükseltilmesinde, disiplinle ilgili hususlar da dikkate alınmak suretiyle, Bakanlık Komisyonunun memurun başarı düzeyine, mesleki gelişimine ve görev motivasyonuna ilişkin olarak yapacağı değerlendirme esas alınmaktadır.

Bu bağlamda, Dışışleri meslek memurluğunda, örneği askerlik mesleğinde görülen katı bir hiyerarşi, sınıflandırma ile mesleki kariyer ve kıdeme dayalı ilerleme ve yükselme vardır.

Katı hiyerarşi, mesleki kariyer ve liyakata dayalı meslek memurluğu 6004 sayılı Kanunun, 10 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, “Bakanlığın görevleri çerçevesinde, Türk dış politikasının oluşturulması ve icrasında görev, yetki ve sorumluluk üstlenen ve temsil görevi icra eden memurlardır.” şeklinde tanımlanmış ve devamında görevleri, “Meslek memurları, yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yürütülen ikili ve çok taraflı ilişkilerin siyasi, ekonomik ve kültürel boyutları ile uluslararası hukuk konuları ağırlıklı olmak üzere, uluslararası ilişkiler alanındaki gelişmeleri takip ve analiz eder, dış politikanın oluşturulmasına yönelik gerekli girdileri sağlar, stratejileri ve hareket tarzlarını oluşturarak Hükümet tarafından tespit olunan dış politika çerçevesinde uygular. Meslek memurları, yurtdışı teşkilatına sürekli görevle atandıklarında, konsolosluk işlemlerinde imzaya yetkilidir.” biçiminde kurallaştırılmıştır.

Madde gerekçesinde ise, “Meslek memurları, Bakanlığın görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde, diplomasi ve uluslararası hukuk alanında sahip buldukları tecrübe, yetenek ve yabancı dil hakimiyetleri temelinde Türk dış politikasının tüm unsurlarıyla yapılandırılması ve icrasında vazife ifa eden memurlardır. Bakanlık faaliyetlerine yön veren temel kararlar meslek memurları tarafından alınır. Bu itibarla, Bakanlıktaki ana yönetici grubunu meslek memurları oluşturur.

Meslek memurları, yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yürütülen ilişkilerin siyasi ve hukuki boyutları ile ağırlıklı olarak ilgilenir; uluslararası alandaki siyasi ve hukuki gelişmeleri takip ve analiz eder; dış politikanın oluşturulmasına yönelik gerekli girdileri sağlar ve stratejileri oluşturur. Diğer taraftan, Bakanlığın uluslararası hukuk alanında uzmanlaşacak memurlarının meslek memurluğu statüsü ve genel görev tanımı içerisinde yetiştirilmesi öngörülmektedir...” ifadelerine yer verilmiştir.

Meslek memurluğunun kariyer meslek mensupluğuna ilişkin, mesleğin önemi, özelliği ve niteliğinden kaynaklanan mesleki hiyerarşi ve kariyere dayalı katı kurallarına karşın, 657

sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre büyükelçi veya daimi temsilci olarak atanabilmek için öğrenim durumu itibarıyla ilkokul mezunu olmak yeterli olduğu gibi, herhangi bir kamu idaresinde düz memur olarak çalışmaya dahi gerek bulunmamaktadır.

İptali istenen düzenlemeler, Bakanlığın görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde, diplomasi ve uluslararası hukuk alanında sahip oldukları tecrübe, yetenek ve yabancı dil hakimiyetleri temelinde Türk dış politikasının tüm unsurlarıyla yapılandırılması ve icrasında vazife ifa edilmesi; Bakanlık faaliyetlerine yön veren temel kararların alınması; yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yürütülen ilişkilerin siyasi ve hukuki boyutları ile yapılandırılması; uluslararası alandaki siyasi ve hukuki gelişmelerin takip ve analizi ile dış politikanın oluşturulmasına yönelik gerekli girdilerin sağlanması ve stratejilerin oluşturulması görevlerini uhdesinde taşıyan meslek memurluğu statüsünün, siyasi iktidarların siyasi politikalarının uygulanmasına tahsis edilmiş istisnai büyükelçilik ve daimi temsilcilik kadrolarına siyasi kişiliklerinden veya en iddialı ifadeyle özel uzmanlığa dayalı niteliklerinden dolayı atanan kişilere açılarak; sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerine dayanan meslek memurluğu görevinin en üst hiyerarşisini oluşturan ve mesleki kariyere dayalı olarak, liyakat ilkesi işletilerek ve mesleki kıdem gözetilerek ulaşılan “genel müdür” “müsteşar yardımcılığı” ve müsteşarlık” kadrolarına atanabilmelerini öngörmektedir.

Büyükelçilik ve daimi temsilcilik görevleri, siyasi iktidarların atamanın yapılacağı ülke veya uluslararası kuruluşla ilgili belirlenmiş siyasi politikalarının uygulanmasına tahsis edilmiş siyasi kadrolar olduğu ve dolayısıyla bu kadrolara atanacak olanların siyasi iktidarla uyumlu siyasi kişilikleri öne çıktığı içindir ki 657 sayılı Kanununun 59 rncu maddesinde istisnai memuriyet kapsamına alınmıştır.

Oysa, Dışişleri meslek memurluğunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerine dayanması ve genel müdür, müsteşar yardımcısı ve müsteşar kadrolarına atanmanın kariyer ve liyakat ilkeleri ile mesleki kıdem hiyerarşisine sadakatle bağlılığı gerektirmesi yanında, meslek memurluğu ve bunun hiyerarşik üst kadroları olan genel müdür, müsteşar yardımcısı ve müsteşar kadroları, sadece siyasi iktidarların siyasi kararlarının uygulandığı siyasi kadrolar değil, 6004 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi ile madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, farklı ideolojilere sahip siyasi iktidarların uygulayacakları dış politikanın kararlaştırılmasına hukuki, teknik ve siyasi altyapının oluşturulması için yılların mesleki birikim ve kurumsal deneyimine bağlı olarak uluslararası alandaki siyasi ve hukuki gelişmelerin takip edildiği, her türlü verinin üretildiği, alternatif almasıkların analiz edildiği, stratejilerin oluşturulduğu bürokratik makamlardır.

“Diplomasi mesleği” tüm dünyada kariyer meslek olarak görülmekte ve ülkelerin dış politika kararlarının alınmasında temel veriler, geniş açılı bir dünya vizyonu, ileriye görebilme basireti, uluslararası ilişkilere bütünsel bakış açısı ve uzun meslek yıllarının getirdiği birikimin ve kurumsal geleneğin taşıyıcısı meslekten diplomatlar tarafından üretilip, analiz edilmektedir.

Büyükelçilik ve daimi temsilcilik görevlerine 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre diğer kamu idarelerinden veya açıktan özel uzmanlık bilgisinden yararlanmak için atananlar da olabilir ve hatta atananların tamamı özel uzmanlık bilgisine sahip de olabilir. Hatta Dışişleri Bakanlığı bunların özel uzmanlık bilgisine merkeze döndüklerinde ihtiyaç da duyabilir.

Ancak, bu ihtiyacı gidermenin yolu istisnai memuriyeti, amacı ve işlevinden koparmaktan; 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesindeki istisnai memuriyete istisna ve hatta istisnanın da istisnası kurallar koyarak, kamu personel sisteminin ve bu bağlamda Dışişleri meslek memurluğunun üzerine bina edildiği sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerini ortadan kaldırmaktan geçmemektedir.

Nitekim, 6004 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasında “danışman” istihdamına yer verilmiştir. Dolayısıyla, büyükelçilik ve daimi temsilcilik görevlerine 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre diğer kamu idarelerinden veya açıktan atanıp, görev sürelerini doldurduktan sonra merkeze dönenlerden “hizmetlerine ihtiyaç duyulanlar”ın, 6004 sayılı Kanununun 10 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre danışman atanarak hizmetlerinden yararlanılabilir.

Yasama ilkesinin genelliği, yasama organına takdir yetkisi sağlar. Ancak, takdir yetkisinin amacı, yasamanın farklı çözümler arasından uygun ve kamu yararına olanı seçme serbestisi sağlamaktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihadına göre hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasanın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yönetimin hukuka bağlı olması, yönetenlerin şahsi ve keyfi iradelerinin değil, hukukun egemen olması, 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.

657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre, siyasi iktidarların oluşturdukları dış politikaları yürütmek amacıyla büyükelçi ve daimi temsilci görevlerine, diğer kamu idareleri veya açıktan atanmaların merkeze döndüklerinde 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi uyarınca Bakanlıkla ilişkilerinin kesilmesi veya kurumlarına iadesi yerine, istisnai memuriyet unvanına kazanılmış hak statüsü tanıyıp, istisnai memuriyet unvanlarını devam ettirerek, meslek memurları tarafından yürütülmesi gereken dış politika oluşturulmasına girdi sağlamaya ilişkin görevleri yürütmelerini ve sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerine ve mesleki kıdeme dayalı olarak meslek memuru büyükelçilerin atandığı Bakanlığın “genel müdür”, “müsteşar yardımcısı” ve “müsteşar” gibi hiyerarşik üst yönetim kadrolarına atanmalarını öngören ve bu yanıyla hukukun egemenliğini değil, siyasi iktidarın şahsi ve keyfi uygulamalarını yansıtan iptali istenen düzenlemeler, kamu yararıyla bağdaşmamanın yanında hakkaniyet ölçütüne de uymadığından Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

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, 09.10.1979 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 ayrımın 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 ortaya koymuştur.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, “sınıflandırma”, “kariyer” ve “liyakat” olarak ortaya konulmuş; kariyer, “Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır.” biçiminde tanımlanırken; liyakat, “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.” şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin birinci fıkrasında, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnası olarak istisnai memuriyet düzenlenirken; ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Dışişleri meslek memurluğu, sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkeleri üzerine bina edilen ve üst görevlere atanmada mesleki kıdemi esas alan kariyer meslektir. Katı hiyerarşiye, mesleki kariyere ve üst görevlere atanmada mesleki kıdeme dayalı meslek memurluğu 6004 sayılı Kanunun, 10 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre, siyasi iktidarların oluşturdukları dış politikaları yürütmek üzere diğer kamu idarelerinden veya açıktan büyükelçilik ve daimi temsilcilik görevlerine atanan ve atandıkları kadrolar, başka kadroya atanmaları durumunda kazanılmış hak sayılmayan müsteşar, öğretim üyesi, genel müdür, vali, vali yardımcısı ve hatta eski milletvekili, doktor, ziraat mühendisi, sendika temsilcisi, sivil toplum örgütü aktivisti, işadamı, işçi vb.’lerinin dış politikaya ilgileri olsa ve hatta belli bir alanda uzmanlıkları bulunsa dahi Dışişleri meslek memurluğu mesleğinin gerektirdiği nitelikleri taşıdıkları ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verilen kararında, Anayasanın 70 inci maddesindeki “görevin gerektirdiği nitelikler” ifadesinin, “ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yok” ve “o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir.” şeklinde anlaşılacak gerektiğini ortaya koymuştur. 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre, diğer kamu idarelerinden veya açıktan büyükelçilik veya daimi temsilcilik görevlerine atanan ve atandıkları kadrolar kazanılmış hak sayılmayan kişilerin, merkeze döndüklerinde ilişkilerinin kesilmesi veya kurumlarına iadesi yerine, “hizmetlerine ihtiyaç da duyulmaksızın” Dışişleri Bakanlığı merkez kadrolarında büyükelçi ünvanıyla çalışmaya devam etmelerini ve Dışişleri

meslek memurluğu görevinin niteliklerini taşımaları hukuksal olarak mümkün olmadığı halde, meslek mensubu büyükelçilerin atandığı Bakanlık üst yönetim kadrolarına atanmalarını öngören düzenlemeler, Anayasanın 70 inci maddesindeki “görevin gerektirdiği nitelikler” ölçütüyle bağdaşmadığından Anayasanın 70 inci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu 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 kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanarak ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemli değil, hukuksal eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulmasını gerektirmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmekte; buna karşın, hukuksal durumlarındaki değişikliğin doğurduğu farklılıklar kamu yararı, hakkaniyet ya da başka haklı nedenlere dayanılarak farklı kuralların konulmasını zorunlu kılmaktadır.

657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre büyükelçi veya daimi temsilci görevine atanalar ile meslek memuru büyükelçilerin mesleki nitelikleri aynı olmadığı ve hukuki durumları farklı olduğu halde, bunların aynı kurallara tabi tutularak farklılıkların eşitlenmesi yoluyla istisnai olarak büyükelçi ve daimi elçi kadrolarına atanalara, diğer istisnai görevlere atanalar bağlamında da Dışişleri meslek memurları bağlamında da ayrıcalık tanınması, Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (bb) bendi ile değiştirilen 07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanununun 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi ile 12 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendine eklenen tümce, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 70 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 21.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (cc) Bendi ile Değiştirilen 03.12.2010 Tarihli ve 6085 Sayılı Sayıştay Kanununun 4 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendindeki “... % 50’den fazla olan” İbaresini ile (b) Bendindeki “Kamu payı % 50’den az olmamak kaydıyla ...” İbaresinin Anayasaya Akkırılığı

6085 sayılı Sayıştay Kanununun (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri;

“a) Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak % 50’den fazla olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları (% 50’den az olması halinde ortaklık hakları yönüyle), diğer kamu idarelerini (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hariç),

b) (a) bendinde sayılan idarelere bağılı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri (kamu payının yarısından az olması halinde ortaklık hakları yönüyle),”

şeklinde iken;

6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (cc) bendi ile,

“a) Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak % 50’den fazla olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları, diğer kamu idarelerini (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hariç),

b) Kamu payı % 50’den az olmamak kaydıyla (a) bendinde sayılan idarelere bağılı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri,”

şeklinde değiştirilerek;

Sayıştayın sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak % 50’den az olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları ve merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerden kamu payı % 50’nin altına düşmüş olanları, “ortaklık hakları yönüyle” denetleme görevine son verilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde demokratik hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 160 ıncı maddesinin birinci fıkrasında, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir, gider ve mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) adına denetleme; üçüncü fıkrasında ise mahalli idarelerin hesap ve işlemlerini denetleme görevleri Sayıştaya verilmiş; 165 inci maddesinde ise, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esaslarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasanın 165 inci maddesi uyarınca, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesine ilişkin kurallar, 02.04.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer almış; Türkiye Büyük Millet Meclisinin 3346 sayılı Kanuna göre yapacağı denetime, denetim bulgusu sağlama görevi ise, 6085 sayılı Kanununun 43 üncü maddesiyle Sayıştaya verilmiştir.

Özelleştirme vb. yollarla sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak % 50’nin altına düşmüş özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıklar ile kamu payı % 50’nin altında olan veya altına düşen her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerdeki kamu payları, Anayasanın 160 ıncı maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına göre Sayıştay denetimine tabi olan kamu idarelerinin bütçelerinden ödenmiş olduğundan, bu idarelere aittir.

Söz konusu ortaklıkların karları, Sayıştay denetimine tabi kamu idarelerinin ortaklık payı oranında bütçe gelirini, zararları ile sermaye artırımları ise bütçe giderini oluşturmakta ve bütçelerine gelir, gider ve sermaye katılım payı olarak kaydedilmektedir. Buna karşın, iptali istenen düzenleme Anayasanın 160 ıncı maddesine göre Sayıştay denetimine tabi olan kamu idarelerinin kuruluş ve ortaklıklarda % 50'nin altında olan ve kar ve zararları ile sermaye artırım kararları kamu idarelerinin bütçelerine yansıyan sermaye paylarının, ortaklık hakları yönüyle denetlenmesini ve denetim bulgularının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanmasını ortadan kaldırmakta ve böylece kamu payı denetimsiz kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 günlü ve E.2012/102, K.2012/207 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, Anayasada Sayıştay denetiminin kapsamı ve niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, TBMM adına yapılan Sayıştay denetiminin, demokrasinin temel gereklerinden olan şeffaflık, saydamlık, yasanın yürütmeyi denetleme hakkı ve yürütmenin yasamaya ve halka hesap verme sorumluluğu anlayışına uygun olarak yapılması gerektiği açıktır.

Sayıştay yaptığı denetimler sonucunda kamu kaynaklarının ve bu bağlamda kamunun ortaklık haklarının verimli, etkin, tutumlu ve yasalara uygun kullanılıp kullanılmadığını uluslararası standartlara göre denetleyerek, denetim bulgularını yasama organına raporlamakta; bu yolla yasama organı ve halkın kamunun ortaklık haklarının kullanımı konusunda bilgi sahibi olması sağlanmaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, yönetimin hukuka bağlı olması, yönetenlerin şahsi ve keyfi iradelerinin değil, hukukun egemen olması, kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesini gerektirmekte; saydamlık ve hesapverebilirlik ilkeleri ise, demokratik hukuk devletinin temel unsurları arasında yer almaktadır.

Sayıştayın sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak % 50'den az olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları ve merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerden kamu payı % 50'nin altına düşmüş olanları, "ortaklık hakları yönüyle" denetlemesini ortadan kaldıran düzenleme, kamu yararına dayanmadığı ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi saydamlık ve hesapverebilirlik ilkeleriyle de örtüşmediğinden Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta; Anayasanın 160 ıncı maddesine göre Sayıştay denetimine tabi olan kamu idarelerinin bütçelerinin gelir ve gider kalemlerini oluşturan ortaklık paylarının ortaklık hakları yönüyle denetimini engellediği için ise, Anayasanın 160 ıncı maddesine aykırılık taşımaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü maddesinin (cc) bendi ile değiştirilen 03.12.2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki "... % 50'den fazla olan" ibaresi ile (b) bendindeki "Kamu payı % 50'den az olmamak kaydıyla ..." ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 160 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasaya aykırı olan iptali istenen düzenlemeler yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

1-2-3) Kamulaştırma Kanununda yapılan değişikliklerle, Anayasanın 35 inci maddesinde temel kişi hakkı statüsü tanınan mülkiyet hakkı, Anayasaya aykırılık oluşturan şekilde sınırlanarak kullanılamaz hale getirilmektedir.

Bu bağlamda, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisine lüzum kalmaması halinde, taşınmaz malikinin önalım hakkını ortadan kaldıran ve önalım hakkından kaynaklanan hak arama yollarını kapatan düzenleme yürürlüktedir.

Kamulaştırma işleminin hazırlık safhasına ilişkin kesin ve yürütülebilir bir işlem olmayan ve hakkında dava açılmayan, 2942 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre ise kamulaştırmayı yapan idarece her zaman geri alınabilen kamu yararı kararının, usulüne uygun şekilde ilan da edilmeden, mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisine beş yıl süreyle sınırlama getiren düzenleme yürürlüktedir.

Kamu yararı ihtiyacı ortadan kalkmasına ve taşınmaz kamulaştırma amacıyla kullanılmamasına rağmen, malikin taşınmazın rızası dışında elinden alınmasından kaynaklanan önalım hakkına ilişkin hak arama yollarını geçmişe yönelik olarak ortadan kaldıran düzenleme yürürlüktedir.

Yürürlükte olan bu düzenlemelere dayalı olarak idarelerin yapacağı işlemlerden dolayı hak sahiplerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarının ortaya çıkacağı aşıkardır.

4) Kişiler, ÖSYM Başkanlığının yaptığı sınavların sonuçlarına göre göre hak kazanmakta ya da kaybetmektedir. Bu anlamda, kimin hangi fakültede öğrenim göreceğinden, kamu görevlerine kimlerin atanacağına veya uzmanlık eğitimi için belli kadrolara kimlerin getirileceğine ilişkin kişilerin ve toplumun geleceğini şekillendiren kararlar bu sınavlarda alınan sonuçlara göre gerçekleşmektedir.

Kişilerin ve toplumun kendileriyle ilgili bu derece önemli sonuçlar doğuran sınavları denetleyememeleri, kişilerin geleceğinin gizlilikten dolayı toplumsal denetimin dışında gerçekleşen idari işlemlerle belirlenmesi sonucunu doğurur. ÖSYM Başkanlığı tarafından uygulanan sınavlara ait soru ve cevapların Bilgi Edinme Hakkı Kanununun kapsamı dışına çıkarılması Anayasaya aykırı olmanın yanında, sınavların daha da şaibeli olmasına yol açacak, toplumda oluşmuş bu yöndeki algıyı pekiştirecek ve sonuçta sınava girenlerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına yol açma yanında toplumun Devlete ve hukuka olan güvenini onarılamayacak şekilde yaralayacaktır.

5) Toplumun bazı kesimlerinin af kapsamı içine alınarak memuriyete dönmeleri sağlanırken, siyasal iktidarın karşısında gördüğü kesimlerin kapsam dışında tutulması, Anayasaya aykırı olmanın yanında, kapsama alınmayanların mağduriyetinin devam ederek zarar ve ziyanlarının telafisi mümkün olmayan şekilde sürmesine yol açacak ve ayrıca hukuk ve adalete olan inancı sarsacaktır.

6) Kişilerin kazanılmış haklarının elinden alınarak daha alt görevlere atanması sonucunda ileride telafisi olmayan statü kaybı yanında parasal kayıpları da ortaya çıkacaktır.

7) Sağlık meslek mensuplarının meslekten geçici men ve meslekten sürekli men edilmesini gerektiren fiiller ile bu fiillere uygulanacak yaptırımlara ilişkin hükümler yürürlüğe girdiğinden, Anayasaya aykırı bu yaptırımlara muhatap olacak kişiler için ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlar ortaya çıkacaktır.

8) Bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan kimi hastalıklar dışında kalan sağlıkla ilgili özel hayatı da kapsayan kişisel bilgilerin her türünün her durumda istenmesine, işlenmesine ve paylaşımına olanak tanıyan kurallar, Anayasal koruma altındaki özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını, ölçüsüzce sınırlandırmanın ötesinde, kişilerin rızaları dışında bütünüyle ortadan kaldırdığı için, kişiler ve demokratik sistem açısından ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

9) Meslek odalarının “mesleğin kamu yararına uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak”, amacına ulaşmak için “meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla” yaptıkları mesleki denetim ile meslek mensuplarının sicilini tutma görevlerinin Anayasaya aykırı şekilde ortadan kaldırılması, sadece meslek odalarının değil, Anayasal koruma altında olan birçok hakkın ve dolayısıyla tüm toplumun ve demokratik rejimin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyarıyla sonuçlanacaktır.

Öte yandan, eser sahibinin Anayasa, Bern Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle koruma altına alınan fikri mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve fikri mülkiyet hakkından kaynaklanan haklarının ortadan kaldırılması; eser sahiplerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

10) Mera, yaylak ve kışlakların kullanım amacı dışında yerleşme ve yapılaşmaya açılması, mera, yaylak ve kışlak alanların daralması sonucunu doğuracak ve toplumun korunmaya muhtaç kesimini oluşturan çiftçilerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarının ortaya çıkmasına yol açarken, doğal çevrenin tahribi toplumun tüm kesimleri ile gelecek nesillerin bundan olumsuz etkilenmesine neden olacaktır.

11) Dış hekimliği muayene ve tedavi ücretlerine ilişkin asgari ücret tarifesinin “rehber tarife”ye dönüştürülerek, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından “Tavan Tarife” olarak uygulanmasına olanak sağlayan düzenleme, hastaların tedavi hizmetlerine erişebilmesini toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimleri açısından olanaksız kıldığından, asgari ücretli emekçilerin sağlıklarında ileride telafisi olmayan hasarlar bırakacaktır.

12) Büyükelçi ve daimi temsilci kadrolarına 657 sayılı Kanununun 59 uncu maddesine göre atanmaların, istisnai memuriyet yoluyla elde ettikleri unvana kazanılmış hak statüsü tanınarak merkeze döndüklerinde de Bakanlıkta çalışmaya devam ettirme yoluyla büyükelçi unvanını taşımalarının sağlanması ve Dışişleri Bakanlığında mesleki kariyer, liyakat ve kıdem ilkeleriyle geline meslekten büyükelçilerin atandığı üst yönetim kadrolarının istisnai memuriyet yoluyla büyükelçi ve daimi temsilci unvanını alanlara da açılması, Türk dış politikasının ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacak ve tüm toplum yanında gelecek nesiller de bundan olumsuz etkilenecektir.

13) Sayıştayın kamu payı % 50'nin altına düşen ortaklık ve şirketleri “ortaklık hakları” yönüyle denetlemesinin ortadan kaldırılması, şirketlerdeki kamu paylarının denetimsiz

kalmasıyla sonuçlanacağından, tüm toplum ve demokrasimizin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

02.08.2013 tarihli ve 28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 21.07.2013 tarihli ve 6495 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un;

1) 26 ncı maddesiyle değiştirilen 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının son iki tümcesi, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 35 inci maddelerine,

2) 27 nci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 25 inci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 46 ncı maddelerine,

3) 28 inci maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 8 inci madde, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 36 ncı maddelerine,

4) 33 üncü maddesiyle 09.10.2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 2 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 36 ncı, 74 üncü ve 90 ıncı maddelerine,

5) 43 üncü maddesiyle 22.06.2006 tarihli ve 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanuna eklenen ek 1 inci maddenin;

a) Birinci fıkrasındaki, “28/2/1997 tarihinden sonra ...” ibaresi ile “... 28/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların;” ifadesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 90 ıncı maddelerine,

b) İkinci fıkrasındaki “... 1/1/1990 ile ..” ibaresi ile “... 657 sayılı Kanunun 125 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (g) alt bendinde yer alan fiili işlediği gerekçesiyle anılan Kanunun 56 ve 57 nci maddeleri uyarınca disiplin cezası veya olumsuz sicil almış olmaları nedeniyle ...” ifadesi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 90 ıncı maddelerine,

6) 59 uncu maddesiyle 13.12.1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 43 üncü maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 36 ncı ve 70 inci maddelerine,

7) 73 üncü maddesinin (h) bendinin (1) numaralı alt bendi ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü maddesinin yedinci fıkrasının (c) ve (ç) bentleri, Anayasanın 2 nci, 9 uncu 13 üncü, 38 inci, 48 inci, 49 uncu, 90 ıncı ve 135 inci maddelerine,

8) 73 üncü maddesinin (h) bendinin (3) numaralı alt bendi ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 47 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 20 nci ve 90 ıncı maddelerine,

9) 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen;

a) (ı) bendi, Anayasanın 2 nci maddesindeki “demokratik devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleri ile 135 inci maddesine,

b) (i) bendi, Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 90 ıncı maddelerine,

c) (j) bendi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 10 uncu, 13 üncü, 35 inci, 36 ncı, 64 üncü ve 90 ıncı maddelerine,

10) 73 üncü maddesinin (p) bendinin (3) numaralı alt bendi ile değiştirilen 3194 sayılı İmar Kanununun ek 4 üncü maddesi, Anayasanın 45 inci maddesine,

11) 73 üncü maddesinin (r) bendiyle değiştirilen 07.06.1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendindeki “... rehber ...”, 26 ncı maddesinin birinci fıkrasının (e) bendindeki “... rehber ...”, 40 ıncı maddesinin madde başlığındaki “Rehber ...” ile birinci ve ikinci fıkralarındaki “... rehber ...” ibareleri, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 56 ncı, 60 ıncı ve 135 inci maddelerine,

12) 73 üncü maddesinin (bb) bendi ile değiştirilen 07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi ile 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine eklenen tümce, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 70 inci maddelerine,

13) 73 üncü maddesinin (cc) bendi ile değiştirilen 03.12.2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki “... % 50’den fazla olan” ibaresi ile (b) bendindeki “Kamu payı % 50’den az olmamak kaydıyla ...” ibaresinin Anayasanın 2 nci ve 160 ıncı maddelerine,

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

EK GEREKÇE

İlgide belirtilen kararınızda, Yüksek Mahkemenizde görülmekte olan 12.07.2013 günlü ve 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının ilk inceleme toplantısında;

“Dava dilekçesinde, 6495 sayılı Kanun'un;

1- 43. maddesiyle, 22.6.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'a eklenen ek 1. maddenin birinci fıkrasında yer alan '28/2/1997 tarihinden sonra' ve '... 28/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların' ibarelerinin iptallerinin istenmesine rağmen sadece '28/8/1999 tarihinden sonra' ibaresine ilişkin Anayasa'ya aykırılık gerekçelerine yer verildiği, '... 28/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların;' biçimindeki ibare yönünden ise herhangi bir Anayasa'ya aykırılık gerekçesine yer verilmediği,

2- 73. Maddesinin (p) fıkrasının (1) numaralı bendiyle, 3.5.1985 günlü, 2194 sayılı İmar Kanunu'nun 8. Maddesine eklenen (j) bendinin tümünün iptalinin istenmesine rağmen sadece bu bendin dördüncü cümlesinde yer alan 'eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile' ibaresi ile son cümlesi dışında kalan bölümü için Anayasa'ya aykırılık gerekçelerine yer verildiği, anılan ibare ve cümle yönünden ise herhangi bir Anayasa'ya aykırılık gerekçesine yer verilmediği,

saptanmıştır.”

Denilerek; eksikliklerin verilen 15 günlük süre içinde giderilmesi istenmiştir.

12.07.2013 günlü ve 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının ilk görüşmesinde Yüksek Mahkemenizin karara bağladığı eksikliklerin giderilmesi için ek dilekçe hazırlanarak milletvekillerinin iradelerini belirten imzaları ile birlikte aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.

A) İlgili Kararınızın 1 inci maddesinde belirtilen hususlar: 6495 sayılı Yasanın 43 üncü maddesiyle 22.06.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'a eklenen ek 1 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan ibarelere ilişkin, ilgili kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

5) 6495 Sayılı Kanun'un 43 üncü Maddesiyle, 22.06.2006 Günlü, 5525 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'a Eklenen Ek 1 inci Maddenin Birinci Fıkrasında Yer Alan İbarelerin Anayasaya Aykırılığı

12.07.2013 günlü ve 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan İptal Dava Dilekçesinin "II. GEREKÇELER" bölümünün 5 inci maddesinden de anlaşılacağı üzere (s.35), sadece "28/2/1997 tarihinden sonra" ibaresi için Anayasaya aykırılık iddiasında bulunularak gerekçelerine yer verilmiş; buna karşın, "... 28/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların" ifadesi için ise Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmadığından gerekçelerine de yer verilmemiştir. Anılan Dilekçenin, "I. İPTAİ İSTENEN HÜKÜMLER" ve "IV. SONUÇ VE İSTEM" bölümlerinde söz konusu ifadeler sehven yer almıştır.

Bu itibarla, "... 28/8/1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun veya bu Kanun hükümlerinden yararlanmış olanların" ifadesi için iptal talebinde bulunulmadığından, dikkate alınmamasını Yüksek Mahkemenin bilgilerine sunarız.

B) İlgili Kararınızın 2 nci maddesinde belirtilen hususlar: 6495 sayılı Yasanın 73 üncü maddesinin (p) fıkrasının (1) numaralı bendiyle, 03.05.1985 günlü, 2194 sayılı İmar Kanunu'nun 8 inci maddesine eklenen (j) bendine ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

9) 12.07.2013 Tarihli ve 6495 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 73 üncü Maddesinin (p) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendiyile 03.05.1985 Tarihli ve 3194 Sayılı İmar Kanununun 8 inci Maddesine Eklenen;

c) (j) Bendindeki "eser sözleşmesinde işleme izni verilenler" İbaresine İle Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen (j) bendi şöyledir:

"j) İlgili idareler, Bakanlıkça belirlenen esaslara göre mimari estetik komisyonu kurar. Komisyon, yapıların ve onaylı mimari projelerinin özgün fikir ifade edip etmediğine karar vermeye yetkilidir. Özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşü aranmaz. Özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişiklikler müellifinin izni alınmaksızın yapılabilir. Bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücreti; ilgili meslek odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemez."

Yüksek Mahkemenin İlgide belirtilen kararında, "eser sözleşmesinde işleme izni verilenler" ibaresi ile son cümlesi için gerekçe yazılmadığının saptandığı belirtilmektedir.

Oysa, İptal Dava Dilekçesinde gerekçeler, cümle bütünlüğü dikkate alınarak yazılmış ve "eser sözleşmesinde işleme izni verilenler" ibaresinin de yer aldığı, "Özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişiklikler müellifinin izni alınmaksızın

yapılabilir.” cümlesi ile bu cümleyle bütünlük taşıyan “Bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücreti; ilgili meslek odasınınca belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemez.” cümlesi için;

“Bendin devamında ise, özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşünün aranmayacağı; özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği; bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücretinin; ilgili meslek odasınınca belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

5846 sayılı Kanununun 13 üncü maddesine göre, bir eser meydana geldiğinde, eser sahibinin mali ve manevi hakları Kanununun koruması altındadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun üçüncü bölümünde eser sahibine tanınmış manevi ve mali haklardan oluşan fikri haklar sıralanmaktadır. “Eserde değişiklik yapılmasını menetme” hakkı, Kanunda manevi haklar arasında sayılmıştır. Kanununun 16 ncı maddesinde eser sahibinin izni olmadıkça eserin değiştirilemeyeceği, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa dahi şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebileceği kurallaştırılmıştır.

Oysa, iptali istenen düzenlemelerde, bir yandan özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşü aranmazken; diğer yandan özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikğine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği kurallaştırılmaktadır.

İptal Dava Dilekçesinin yukarıda yer verilen (tekrar olacağı için yazılmamıştır) 6495 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendinin Anayasaya aykırılığına ilişkin gerekçelerle, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Türkiye'nin katıldığı Bern Sözleşmesinin 2 nci maddesinde, mimari proje ve mimarlık eserleri korunan eserler arasında sayılmakta ve devamı maddelerinde eser sahiplerinin eserleri üzerindeki hakları ve koruma süreleri düzenlenmektedir. Sözleşmeye göre fikir ve sanat eserlerini korumak üzere bir Birlik kurulmuş ve Birliğe katılan ülkeler eser sahiplerinin haklarını tüm üye ülkelerde korumayı taahhüt etmişlerdir. Buna göre Bern Sözleşmesinde tanınan asgari hakları, kendi mevzuatlarında bulunmasa dahi üye ülkelerin vatandaşlarına tanıma zorunluluğu vardır. Dolayısıyla mimari proje ve mimarlık eserleriyle ilgili iptali istenen düzenlemelerle fikri mülkiyet haklarının ortadan kaldırılması, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları ile diğer ülkeler yurttaşları arasında eşitsizliğe de yol açacaktır. Çünkü, Birliğe katılan ülkelerin vatandaşlarının Türkiye’de yaptıkları mimari proje ve mimarlık eserleri üzerindeki haklarını sözleşme hükümlerine göre Türkiye’nin koruma yükümlülüğü olduğundan, Türkiye kendi yurttaşını korumazken, yabancıyı korumak durumunda kalacaktır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre hukuksal durumları aynı olan kişilere aynı kuralların, farklı olanlara farklı kuralların uygulanması gerekmez. İptali istenen düzenlemeler bağlamında tek farklılık, uyruklukta ortaya çıkmakta, ve hatta Anayasanın 16 ncı maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği de belirtilmişken; iptali istenen düzenlemelerin Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları aleyhine bir eşitsizliğe yol açması, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Mimari projelerde ve mimarlık eserlerinde izinsiz değişiklik yapılmasını 5846 sayılı Kanunun 16 ncı maddesindeki “eser sahibinin izni olmadıkça eserde değişiklik yapılamaz” kuralının ihlali sayarak eser sahibi lehine tazminat hükmedilen sayısız yargı kararı bulunmaktadır. İmar Kanunu’nda yapılan düzenleme ile eser sahiplerinin haklarının takibi için 5846 sayılı Kanunda yer verilen hak arama yolları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. İdare bünyesinde bu konuda tespit yapma yeterliliği dahi olmayan kişilerden oluşturulacak komisyonların vereceği “eser değildir” veya “eserin bütünlüğünü bozmamaktadır” ya da “estetik görünümünü değiştirmemektedir” veyahut da “yönelimsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunludur” kararları sonucunda, eser sahiplerinin haklarını yargı yoluyla tespit ettirip zararlarını tazmin ettirebilme imkanı kalmayacağı için iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 36 ncı maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 64 üncü maddesinde, Devlete, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı koruma; sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken önlemleri alma görevi verilmiştir. İptali istenen düzenlemeler, ilim ve edebiyat eseri olan mimarlık projeleri, planlar ve güzel sanat eseri olan mimarlık eserlerinin ve eser sahiplerinin haklarının desteklenmesi bir yana korunmasını öngören, ulusal ve uluslararası kuralları ortadan kaldırdığı için, Anayasanın 64 üncü maddesine de aykırıdır.”

denilmiştir.

Bu bağlamda, yukarıdaki gerekçeler, “Özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmediklerine, teknik, yönelimsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişiklikler müellifinin izni alınmaksızın yapılabilir.” cümlesi ile son cümlesinin tamamı için geçerliken; “eser sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresi ile son cümlesi için geçerli görülmemesinin ötesinde “gerekçeye yer verilmemiştir” şeklinde karar verilmesi tarafımızdan anlaşılamamıştır.

Bununla birlikte, aşağıdaki ek gerekçelerin yazılması Yüce Mahkeme kararının gereğidir.

İptal Dava Dilekçesinde, “5846 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre, bir eser meydana geldiğinde, eser sahibinin mali ve manevi hakları Kanunun koruması altındadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun üçüncü bölümünde eser sahibine tanınmış manevi ve mali haklardan oluşan fikri haklar sıralanmaktadır. “Eserde değişiklik yapılmasını menetme” hakkı, Kanunda manevi haklar arasında sayılmıştır. Kanunun 16 ncı maddesinde eser sahibinin izni olmadıkça eserin değiştirilemeyeceği, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa dahi şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedebileceği kurallaştırılmıştır.

Oysa, iptali istenen düzenlemelerde, bir yandan özgün fikir ifade etmeyenlerde yapılacak değişikliklerde ilk müellifin görüşü aranmazken; diğer yandan özgün fikir ifade eden mimarlık eser ve projelerinde ise; eser sözleşmesinde işleme izni verilenler ile eserin bütünlüğünü bozmadığına, estetik görünümünü değiştirmedikine, teknik, yönetsel amaçlar ve kullanım amacı nedeniyle zorunlu olduğuna karar verilen değişikliklerin müellifinin izni alınmaksızın yapılabileceği kurallaştırılmaktadır.” şeklinde de ortaya konulduğu üzere, 5846 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde eser sahibinin izni olmadıkça eserin değiştirilemeyeceği, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa dahi eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedeceği kurallaştırılmıştır.

Bu bağlamda, “eser sözleşmesinde işleme izni verilmiş olsa” hatta eser sahibi bu izni kayıtsız ve şartsız olarak vermiş olsa dahi, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri men etmesi, eser sahibine 5846 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle verilmiş hukuksal bir haktır.

Buna karşın, iptali istenen düzenlemeyle Bakanlıkça kurulan mimari estetik komisyonun “özgün fikir ifade eden mimari eser ve proje” kapsamına aldığı mimarlık eser ve projeleri için, eser sahibi “eser sözleşmesinde işleme izni” vermiş gerekçesiyle, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişiklikler yapılabilmesi yanında, değişikliklerden dolayı eser müellifinin talep edeceği telif ücreti, ilgili meslek odasının belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisi, inşaatı süren yapılarda ise yüzde on beşi ile sınırlandırılmaktadır.

İptal Dava Dilekçesinin, 6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendinin Anayasaya aykırılığına ilişkin gerekçelerde de belirtildiği ve (j) bendinin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, “İptal Dava Dilekçesinin yukarıda yer verilen (tekrar olacağı için yazılmamıştır) 6495 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (i) bendinin Anayasaya aykırılığına ilişkin gerekçelerle, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 35 inci ve 90 ncı maddelerine aykırıdır.” şeklinde göndermede bulunulduğu üzere;

5846 sayılı Kanunun “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde “Eser: Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri”; “Eser sahibi” (b) bendinde, “Eseri meydana getiren kişi” şeklinde tanımlanmış; 11 inci maddesinde, yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimsenin, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılacağı hüküm altına alınmış; 13 üncü maddesinde, fikir ve sanat eserleri üzerinde sahibine mali ve manevi koruma öngörülerek eser sahibine tanınan hak ve yetkilerin eserin bütünü ve parçalarını kapsadığı belirtilmiş; 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı; üçüncü fıkrasında, eser sahibi kayıtsız ve şartsız izin vermiş olsa dahi, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmeleri menedeceği, menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa dahi vazgeçmenin hükümsüz olduğu; 17 nci maddesinin ikinci fıkrasında, eserin malikinin eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebileceği; ancak

eseri bozamayacağı, yok edemeyeceği ve eser sahibinin haklarına zarar veremeyeceği, “eser sahibinin manevi hakları” bağlamında kurallaştırılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak kabul edilmiş; 13 üncü maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, hakkın özüne dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, yasakoyucunun üstünde Anayasanın ve hukukun evrensel ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 35 inci maddesinde, mülkiyet hakkı temel bir kişi hakkı olarak kabul edilmiştir. Fikri haklar ise, mülkiyet hakkının kapsamı içinde yer almaktadır.

Mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini içerir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, hakkın özüne dokunulmaması, demokratik toplum düzeninin gerekleri arasında yer alır. Demokratik bir hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun hakkın kullanımını ortadan kaldıran veya ölçüsüzce sınırlayan düzenlemeler, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

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. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 29.12.1999 günlü ve E.1999/33, K.1999/51 sayılı, 18.10.2012 günlü ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararları).

3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (j) bendindeki, eser “sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresiyle, Bakanlıkça kurulan mimari estetik komisyonun “özgün fikir ifade eden mimari eser ve proje” kapsamına aldığı mimarlık eser ve projeleri için, eser sahibi “eser sözleşmesinde işleme izni” vermiş gerekçesiyle, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişikliklerin de yapabilir hale getirilmesi ile son cümlesiyle söz konusu değişikliklerden dolayı eser müellifinin talep edebileceği telif ücretinin, ilgili meslek odasınınca belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisi, inşaatı süren yapılarda ise yüzde on beşi ile sınırlandırılması, eser sahibinin Bern Sözleşmesi ve 5846 sayılı Kanun ile koruma altına alınmış fikri mülkiyet hakkını, ölçüsüzlüğün ötesinde bütünüyle ortadan kaldırarak kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 35 inci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” denilmiş; fikri mülkiyet hakkı, Bern Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde koruma altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, fikri mülkiyet haklarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 No’lu Protokol’ün 1 inci maddesindeki mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmektedir.

AİHM, 1 No’lu Protokolün 1 inci maddesindeki mülkiyet veya “mülk” kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Bu bağlamda çeşitli kararlarında, taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilir veya -fikri mülkiyet hakkı gibi- elle tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşları, evsahibinin kira alacağı, bir mesleğin yürütülmesine ilişkin ekonomik çıkarlar, bir mesleği icra etme hakkı, belli bir usulün uygulanacağına dair meşru beklenti, hukuki bir hak iddiası ve bir sinemanın müşterilerini, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM, en son verdiği kararlardan Ashby Donald ve Diğerleri - Fransa davasında (10.01.2013-36769/08), üye devletlerin Sözleşme’nin 10 uncu maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü ile 1 No’lu Protokolün 1 inci maddesinde korunan mülkiyet hakkı arasındaki çatışan hak ve menfaatleri dengelemek durumunda olduklarını vurgulamıştır. Kararda, 2007 tarihinde Büyük Daire’nin Anheuser-Busch Inc. - Portekiz son kararına göndermede bulunarak, “başvurucuların ifade özgürlüklerine yönelik müdahalenin moda yaratıcısının haklarını korumayı amaçladığını; bu nedenle fikri mülkiyete uygulanan 1 Numaralı Protokolün 1. maddesinin (...) Sözleşme ve Protokollerinde güvence altına alınan hakları koruduğunu” yinelemiştir.

Sonuç olarak, AİHM, Paris İstinaf Mahkemesinin başvuruçuların telif hakkı sahibinin izni olmaksızın fotoğrafları dağıttıkları ve sundukları ve böylece başkalarının fikri mülkiyet haklarını ihlal ettikleri tespitine göndermede bulunarak, “başvurucular kasten davacıların fotoğraflarını telif hakkı sahiplerinin izni olmaksızın yayınlamıştır. Bu yüzden sistemin basın özgürlüğüne yönelik taahhütlerine saygı gösterilmediği olgusuna dayanarak sorumluluktan kaçamaz ve bu nedenle sahtecilikten suçludurlar. Mahkeme ulusal mahkemenin bu örneklerin moda tasarımcılarının mülkiyetinden barışçıl bir şekilde yararlanma hakkını başvuruçuların ifade özgürlüğüne üstün tutarken takdir haklarını aştıklarını düşünmek için bir neden görmemektedir” diyerek fikri mülkiyet hakkını ifade özgürlüğünden de üstün tutmuştur.

Eser sahibinin Bern Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle koruma altında olan fikri mülkiyet hakkını, bütünüyle ortadan kaldırarak kullanılamaz kılan, 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (j) bendindeki, eser “sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresi ile son cümlesi, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre hukuksal durumları aynı olan kişilere aynı kuralların, farklı olanlara farklı kuralların uygulanması gerekmez. İptali istenen (j) bendindeki, “eser sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresiyle son cümlesindeki düzenlemeler bağlamında Türk uyruklu müellifler ile

yabancı uyruklu müellifler arasındaki tek farklılık, uyruklukta ortaya çıkmakta, ve hatta Anayasanın 16 ncı maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği de belirtilmişken; iptali istenen düzenlemelerin Türkiye Cumhuriyeti yurttaşları aleyhine bir eşitsizliğe yol açması, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Mimari projelerde ve mimarlık eserlerinde izinsiz değişiklik yapılmasını 5846 sayılı Kanunun 16 ncı maddesindeki “eser sahibinin izni olmadıkça eserde değişiklik yapılamaz” kuralının ihlali sayarak eser sahibi lehine tazminat hükmedilen sayısız yargı kararı bulunmaktadır. İmar Kanunu’nda yapılan düzenleme ile eser sahiplerinin haklarının takibi için 5846 sayılı Kanunda yer verilen hak arama yolları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. İdare bünyesinde bu konuda tespit yapma yeterliliği dahi olmayan kişilerden oluşturulacak komisyonların vereceği “mimari eserdir” kararından sonra, “eser sözleşmesinde işleme izni verilen” eserler için, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişikliklerin de yapabilir hale getirilmesi ve ayrıca son cümlesiyle eser müellifinin talep edebileceği telif ücretinin, ilgili meslek odasınca belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisi, inşaatı süren yapılarda ise yüzde on beşi ile sınırlandırılması, eser sahiplerinin haklarını yargı yoluyla tespit ettirip zararlarını tazmin ettirebilme imkanı kalmayacağı için iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 36 ncı maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 64 üncü maddesinde, Devlete, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı koruma; sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken önlemleri alma görevi verilmiştir. İptali istenen “eser sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresiyle son cümlesi, ilim ve edebiyat eseri olan mimarlık projeleri, planlar ve güzel sanat eseri olan mimarlık eserlerinin ve eser sahiplerinin haklarının desteklenmesi bir yana korunmasını öngören, ulusal ve uluslararası kuralları ortadan kaldırdığı için, Anayasanın 64 üncü maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 73 üncü maddesinin (p) bendinin (1) numaralı alt bendiyle 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 8 inci maddesine eklenen (j) bendindeki, “eser sözleşmesinde işleme izni verilenler” ibaresi ile “Bu durumda ilk müellif tarafından talep edilebilecek telif ücreti; ilgili meslek odasınca belirlenen mimari proje asgari hizmet bedelinin, tamamlanan yapılarda yüzde yirmisini, inşaatı süren yapılarda yüzde on beşini geçemez.” şeklindeki son cümlesi; Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 13 üncü, 35 inci, 36 ncı, 64 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.”