

“ ...

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

2863 sayılı Kanunun 7. maddesinde 6498 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin amacının, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı ya da sit alanı olarak tescil kararlarının, ilgililerince öğrenilmesini sağlamak olduğu, başka bir deyişle, tek yapı ölçeğindeki kültür ve tabiat varlıkları yönünden tebliğ; sit alanları yönünden Resmi Gazete’de yayım ve internet üzerinden duyuru kurallarının, kişilerin, sahip oldukları taşınmazların durumunu bilmelerini ve ona göre hareket etmelerini sağlama amacı taşıdığı, belirtilen kuralların, 2863 sayılı Kanunun 65. maddesinde düzenlenen suçun oluşumu için şekil şartı niteliği bulunmayıp, aksi yöndeki kabulün, 6498 sayılı Kanunun amacına da ters düşeceği; Dolayısıyla, sözü edilen değişiklik öncesinde yapılan tescil işlemleri bakımından, tek yapı ölçeğindeki kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanlarına ilişkin olarak, taşınmaza ait tapu kaydının beyanlar hanesinde tescil şerhi bulunup bulunmadığına; sit alanları, tabiat varlıkları ve tek yapı ölçeğinde tescil edilen taşınmazlar da dâhil olmak üzere malikleri idarece tespit edilemeyen taşınmazlara ilişkin olarak, tescil kararının mahallinde mutat vasıtalarla ilan edilip edilmediğine bakılması gerektiği;

Diğer yandan, taşınmaz bir varlığın korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmesinin ya da bir bölgenin, doğal, tarihi ve kültürel özellikleri nedeniyle sit alanı olarak belirlenmesinin, taşınmazın veya bölgenin özel bir statüye tabi tutulması gerektiği ve taşınmaz üzerinde ya da bölge içerisinde keyfi uygulamalarda bulunulamayacağı anlamına geldiği, bu bakımdan kural olarak, 6498 sayılı Kanun değişikliği sonrası tebliğ yayım internette duyuru; anılan değişiklik öncesi ise şerh ilan yöntemleri ile taşınmazın ya da bölgenin tescilinden ilgililerin haberdar olmalarının sağlanması gerektiği, bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “iyi niyet” kuralının genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilip, 2863 sayılı Kanunun 65. maddesinde düzenlenen suç tiplerine yönelik sübut değerlendirmesinde de dikkate alınmasının zorunlu olduğu, başka bir deyişle, 6498 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yapılan tescil işlemleri yönünden, taşınmaza ait tapu kaydının beyanlar hanesinde şerh bulunmayıp, tescil kararı mahallinde mutat vasıtalarla ilan edilmemiş olsa dahi, failin, taşınmazın ya da bölgenin tescilinden haberdar olduğuna dair beyanının göz ardı edilemeyeceği, zira, maliki olduğu taşınmazın korunması gerekli nitelik taşıdığını ya da sit özelliğiyle bölgesel bazda koruma altına alınan bir alanda bulunduğunu bilen kişinin, taşınmazı üzerinde dilediği zaman dilediği şekil ve kapsamda uygulama yapamayacağını, taşınmazın ya da bölgenin özel statüsünün mümkün kıldığı ölçüde, kamu kurumlarınca yürütülecek izin prosedürü çerçevesinde inşai ve fiziki müdahalelerde bulunabileceğini de bilmesi gerektiği, yapı ya da bölge bazında tescil kararından haberdar olduğu halde, ilgili kurumlara başvurarak, gerçekleştirmeyi düşündüğü inşai uygulamaya yönelik izin almayıp keyfi hareket eden kişinin iyi niyetinden söz edilemeyeceği, dolayısıyla, taşınmazın ya da bölgenin niteliğini bilerek izinsiz inşai ve fiziki müdahalede bulunan ya da başlangıçta bilmeyip, kamu görevlilerince düzenlenen zabıt ve tutanaklar ile durumu öğrendiği halde müdahalesine devam eden failin, hukuki koruma altına alınamayacağı;

Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde; sanığın, İstanbul III Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 15/11/1995 tarih ve 7755 sayılı kararı ile 3. derece doğal sit alanı olarak tescilli bölgede yer alan, 14/04/2008 tarihi itibarıyla 2 adet duvar inşa ettiği ve bu eylemlerin inşai ve fiziki müdahale kapsamında olduğu, sanık inşai ve fiziki müdahalede bulunduğu yerin aynı zamanda Beykoz ilçesinin bağlı olduğu İstanbul Büyükşehir

Belediye Başkanlığı bünyesinde suç tarihi itibarıyla faaliyette olan koruma uygulama ve denetim bürosu bulunduğu gözetilerek, eylemin niteliği dikkate alınmak suretiyle sanığın, 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/4 maddesinin uygulanmasının şart olduğu ve Yargıtay 12. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarının bu yönde olduğu;

2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65/4. maddesinde suçun maddi unsuru, aynı Kanunun 57. maddesinin yedinci fıkrasına atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Sözü edilen maddeye göre, taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların koruma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tabi olmayan tadilat ve tamiratlar; özgün biçim ve malzemeye uygun olarak, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır. Bunların dışında her türlü inşai ve fiziki müdahale, koruma bölge kurulunun izni ile yapılır. Koruma, uygulama ve denetim bürosu kurulmamış yerlerde, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tabi olma- yan tadilat ve tamiratlar, koruma bölge kurulu müdürlüğünün izin ve denetiminde yapılır. Görüldüğü gibi, "tamirat ve tadilat" kapsamındaki faaliyetler söz konusu olduğunda, izin vermeye yetkili mercii yönünden ikili bir ayrıma gidilmiştir. Koruma, uygulama ve denetim bürosu kurulmuş ise, bünyesinde anılan büroyu barındıran idareden; kurulmamış ise, koruma bölge kurulu müdürlüğünden alınacak izin ile "tamirat ve tadilat" işlerini yapmak mümkündür. İzin alınmaksızın ya da izne aykırı olarak sözü edilen faaliyetler gerçekleştirilirse, 2863 sayılı Kanunun 65/4. maddesinde düzenlenen suç oluşur. Her ne kadar kanunun lafzından aksi yönde bir anlam çıkmakta ise de, 65/4. maddesindeki suçun oluşumu açısından önemli olan, gerçekleştirilen eylemin niteliği olup, idari teşkilatlanma nedeniyle izin alınacak mercinin değişmesi, suç tasnifinde etkili değildir. 57. maddede, taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların koruma alanları ve sit alanlarında yapılacak tamirat ve tadilat faaliyetleri için hangi kurum ya da kurumlara başvurulması gerektiği konusunda yol gösterilmektedir. Kanuna göre izin vermeye yetkili mercilerden izin alınmaksızın ya da izne aykırı olarak "tamirat ve tadilat" yapılması, 2863 sayılı Kanunun 65/4. maddesinde düzenlenen suçun oluşumu için gerekli ve yeterlidir.

Bununla birlikte, maddenin uygulama alanı sadece "tamirat ve tadilat" kapsamındaki faaliyetler ile sınırlandırılmamıştır. "İzinsiz inşai ve fiziki müdahale" yapanlar veya yaptıranların da aynı madde hükmüne göre cezalandırılmaları öngörülmüştür. Anılan düzenlemenin uygulamada karışıklığa yol açması kaçınılmazdır. Şöyle ki, 2863 sayılı Kanunun 6498 sayılı Kanun ile değişik 65. maddesine bakıldığında, iki farklı fıkra "inşai ve fiziki müdahale" ibaresine yer verildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, 65/1-2. maddesindeki, "koruma bölge kurullarından izin alınmaksızın inşai ve fiziki müdahale" yapılmasına; İkincisi, 65/4. maddesindeki, "bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulan idarelerden izinsiz inşai ve fiziki müdahale" yapılmasına ilişkin düzenlemelerdir. 2863 sayılı Kanunun 57/7. maddesinde, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tabi olmayan tadilat ve tamiratlar dışındaki her türlü inşai ve fiziki müdahalenin, koruma bölge kurulunun izni ile yapılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, "tamirat ve tadilat" boyutunu aşıp, "inşai ve fiziki müdahale" niteliği taşıyan bütün faaliyet- ler, ancak koruma bölge kurulunun izni ile yapılabilir. Kanuna göre, başka bir kurumun bu konuda izin verme yetkisi yoktur. Sözü edilen düzenleme doğrultusunda 2863 sayılı Kanunun 65/1-2. maddesinde, koruma bölge kurullarından izin alınmaksızın inşai ve fiziki müdahale- de bulunulması yaptırım altına alınmıştır. Açıklanan kanun maddeleri birbiriyle uyumlu ve aralarında tutarlıdır. Ancak, 2863 sayılı Kanunun 65/4. maddesinde yer alan "izinsiz inşai ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar" ibaresini değerlendirmek ve kanun koyucunun anılan düzenlemeyi getirmekteki amacını ortaya koymak, bu kadar kolay değildir. Zira, "inşai ve fiziki müdahale" ibaresi,

yukarıda da açıklandığı üzere, birinci fıkrada tanımlanan ve “esaslı” nitelik taşıyan fiiller için kullanılan bir ibaredir. Bu ibarenin 65. maddenin son fıkrasında da kullanılmış olması bizi şu sonuca götürmektedir: “inşai ve fiziki müdahale” gerçekleştirilen idarenin bünyesinde koruma, uygulama ve denetim bürosu varsa 2863 sayılı Kanunun 65/4. maddesi; sözü edilen büro yoksa aynı Kanunun 65/1-2. maddesi uygulanır. Başka bir deyişle, esaslı müdahalede bulunulan taşınmaz; koruma, uygulama ve denetim bürosunun yetki alanı içinde ise 65/4. maddesi; yetki alanı dışında ise 65/1-2. maddesi uygulama alanı bulur. Örneğin, 1. derece doğal sit alanı içerisine izin alınmaksızın villa tipi bir ev inşa edilmiş ve taşın- mazın bulunduğu belediyede koruma, uygulama ve denetim bürosu varsa, fail altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacak; buna karşılık, yine 1. derece doğal sit alanı içerisindeki eskiden mevcut evinin önüne beton dökerek merdiven yapan fail, taşın- mazın bulunduğu belediyede koruma, uygulama ve denetim bürosu yoksa, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası yaptırımı ile karşılaşacaktır. Görüldüğü gibi, “inşai ve fiziki müdahale” eylemleri yönünden, idarenin bünyesinde koruma, uygulama ve denetim bürosu bulunup bulunmamasını yasal sonuca bağlamak, eşitliğe aykırı bir uygulamaya yol açmaktadır. Eylemin vasıflandırılması konusunda esas alınacak tek kriter, niteliği olmalıdır. “Esaslı inşai ve fiziki müdahale” daha ağır bir yaptırım ile; “basit tamirat ve tadilat” daha hafif bir yaptırım ile karşılanmalıdır. Koruma, uygulama ve denetim bürosunun bulunduğu yerdeki “inşai ve fiziki müdahale” yi daha az ceza ile cezalandırmak, aynı nitelik- teki eylemlerin farklı yaptırıma tabi tutulmasına neden olmaktadır. Halbuki aynı nitelikteki eylemlere, aynı yasal düzenleme uygulanmalıdır. Bu çerçevede yapılması gereken, 2863 sayılı Kanun’un 65/4. madde- sinde yer alan “izinsiz inşai ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıran- lar” ibaresinin madde metninden çıkartılmasıdır. Zira, sözü edilen ibare zaten aynı Kanun’un 65/1-2. maddesinde tanımlanan suçun maddi unsurunu açıklamaktadır. Anılan ibareye 65/4. maddesinde de yer verilmesi, yukarıda izah edildiği üzere, aynı eylemin bir yerde daha az, başka bir yerde daha fazla cezalandırılmasına sebebiyet vermektedir. 2863 sayılı Kanun’un 65/4. maddesinde düzenlenmesi gereken tek suç, “basit tamirat ve tadilat” kapsamındaki fiillerin izinsiz veya izne aykırı yapılması olmalıdır. Böylece eşitliğe ve hakkaniyete uygun bir düzenleme getirilmiş olacaktır. Anayasa’nın eşitlik ilkesine açıkça aykırı bulduğumuz bu düzenlemeden kaynaklanan sorunlar, Yargıtay uygulamaları ile giderilmeye çalışılmaktadır. Ancak, kanun metninin açıklığı karşısında, verilen kararlarda sınırların zorlandığı eleştirisi de getirilmektedir.

1- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA’NIN 2. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa’nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri ‘belirlilik’ ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşılık okuyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İtiraz konusu fıkra izinsiz inşai ve fiziki müdahalelerin hem 2863 sayılı Yasanın 65/1 hem de 65/4.fıkra düzenlendiği, ayrıca bünyesinde koruma uygulama ve denetim bürosu bulunan yerlerde izinsiz inşai ve fiziki müdahalede bulunanlara 2863 sayılı Yasanın 65/4. fıkrasının uygulanacağı bünyesinde koruma, uygulama ve denetim bürosu bulunmayan yerlerde ise 2863 sayılı Yasanın 65/1.fıkranın uygulanacağı bunun ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu bu nedenle iptali gerekmektedir.

2- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 10. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen eşitlik ilkesinden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte eşitlik, aynı zamanda, muhataplarını yani devlet organları ve idare makamları anayasal bir buyruk ile devlet yönetiminde benimsenmesi gereken, egemen temel bir ilkeyi vurgulamaktadır.

Eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10'uncu maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa "imtiyaz" tanınamayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda bir eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 tarih ve E.2000/21, K.2000/16 sayılı kararında, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu; bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörüldüğü; eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu; bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı; durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilceği; aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Bu kapsamda; İtiraz konusu fıkra izinsiz inşai ve fiziki müdahalelerin hem 2863 sayılı Yasanın 65/1 hem de 65/4.fıkra düzenlendiği, ayrıca bünyesinde koruma uygulama ve denetim bürosu bulunan yerlerde izinsiz inşai ve fiziki müdahalede bulunanlara 2863 sayılı Yasanın 65/4. fıkrasının uygulanacağı bünyesinde koruma, uygulama ve denetim bürosu bulunmayan yerlerde ise 2863 sayılı yasanın 65/1. fıkranın uygulanacağı bunun ise Anayasa'nın 10. maddesinde bahsedilen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu bu nedenle iptali gerekmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını

Esas Sayısı : 2016/131

Karar Sayısı : 2016/121

*gösteren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektirdiğini düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi gereğince 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 65.maddesinin 4.fikrasında yer alan “**ile izinsiz inşaat ve fiziki müdahale**” hükmünün Anayasa'nın 2.ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile iptali ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar bekletilmesine, 16/05/2016 tarihinde karar verildi.”*