

“ ...

1) 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” un 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın” ibaresi ile ikinci cümlesindeki, “... takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak...” ifadesinin Anayasa’ya Aykırılığı

Yeşilay Vakfı’na kamu kaynağı aktarılmasına ilişkin yasal düzenleme 24/5/2013 tarih ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 357 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’ un 33 üncü maddesinde yapılmıştır.

Söz konusu madde hükmü şu şekildedir: “Türkiye Yeşilay Cemiyeti tarafından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Türkiye Yeşilay Cemiyeti ile aynı amaçları gerçekleştirmek üzere merkezi İstanbul’da olan “Türkiye Yeşilay Vakfı” adında Vakıf kurulur.

(2) Vakıf;

a) Kurumlar vergisinden (iktisadi işletmeleri hariç),

b) Yapılacak bağış ve yardımlar sebebiyle veraset ve intikal vergisinden,

c) Her türlü muameleler dolayısıyla düzenlenen kağıtlar damga vergisinden, yapılan işlemler harçtan, müstesnadır.

(3) Vakfa yapılacak nakdi bağış ve yardımların tamamı gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri tarafından beyannameleri üzerinde bildirilen gelir veya kazançtan indirilebilir. Vakıf, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflara diğer kanunlarla tanınan vergi, harç ve diğer istisna ve imkânlardan aynen yararlanır.

(4) Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın yardım yapılmak üzere, Sağlık Bakanlığı bütçesinde gerekli ödenek öngörülür.”

Görüldüğü üzere, 6487 sayılı Kanunun 33 üncü maddesi ile oldukça geniş yetkilere sahip ve benzer amaç ve işlevleri gören hiçbir dernek ve vakfa tanınmayan imkânlar Yeşilay Vakfı’na tanınmış ve vakfa kamu kaynağı aktarılmasının yasal altyapısı oluşturulmuştu.

6639 sayılı Kanun’ un 4. maddesiyle ise 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrası “Vakfa, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın her yıl ocak ayı içinde aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesinde ödenek ayrılır. Ayrılacak bu tutar 2015 yılında 15.000.000 TL olarak, takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak belirlenir.” şeklinde değiştirilerek, bir yandan Vakfa aktarılacak kaynağın 5018 sayılı Kanununun 29. maddesine tabi olmaması öngörülürken; diğer yandan bütçe gibi yıllık olan bir Kanunda gelecek yılların parlamentosunu yükümlülük altına sokup bütçe yapma hakkını elinden alan düzenlemeler yapılmaktadır.

İstisna tutulan 5018 sayılı Kanununun “Bütçelerden yardım yapılması” başlıklı 29. maddesi şöyledir:

“Bütçelerden yardım yapılması

Madde 29- Gerçek veya tüzel kişilere kanuni dayanağı olmadan kamu kaynağı kullandırılmaz, yardımda bulunulamaz veya menfaat sağlanamaz. Ancak, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bütçelerinde öngörülmüş olmak kaydıyla; kamu yararı gözetilerek dernek, vakıf, birlik, kurum, kuruluş, sandık ve benzeri teşekküllere yardım yapılabilir.

Bu yardımların yapılması, kullanılması, izlenmesi, denetlenmesi ve kamuoyuna açıklanmasına ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

Maddenin ikinci fıkrasının göndermede bulunduğu “Dernek, Vakıf, Birlik, Kurum, Kuruluş, Sandık ve Benzeri Teşekküllere Genel Yönetim Kapsamındaki Kamu İdarelerinin Bütçelerinden Yardım Yapılması Hakkında Yönetmelik” 3.7.2006 tarihli ve 2006/10656 sayılı BKK ile kabul edilmiş ve 17.7.2006 tarihli ve 26231 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 5. maddesinde yardım yapılabilme şartları düzenlenirken; “Yardımların kullanılması, izlenmesi ve denetlenmesi” başlıklı 7. maddesi,

“MADDE 7 – (1) Teşekküller, yardımları kamu yararı gözeterek verilmiş amacına uygun olarak kullanmak zorundadır.

(2) Yardım alan teşekküller, yardımın amacına uygun olarak harcanıp harcanmadığına ilişkin bilgi, belge ve kayıtların birer örneği ile faaliyet raporlarını, faaliyetin bitimini müteakip bir ay içinde veya devam eden faaliyetlerine ilişkin bilgi, belge ve raporlarını takip eden yılın ilk ayı içerisinde yardım yapan idareye göndermek zorundadır.

(3) Yardım yapan idareler, yapılan yardımla sınırlı olmak üzere gerekli gördüğü her türlü inceleme, kontrol ve denetimi yapmaya yetkilidir. Denetim sırasında görevli memur tarafından istenecek bilgi, belge ve kayıtların gösterilmesi, verilmesi, sorulan soruların yazılı ve/veya sözlü olarak cevaplandırılması zorunludur.”

şeklinde;

“Yardımların kamuoyuna açıklanması” başlıklı 8. maddesi ise,

“MADDE 8– (1) İdareler, yardım yapılan teşekküllerin isim listesini, teşekküllere ilişkin bilgileri, yardımın amacını, konusunu ve yapılan yardım tutarlarını, izleyen yılın Şubat ayı sonuna kadar kamuoyuna açıklar.”

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

şeklinde düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, Yeşilay Vakfına Sağlık Bakanlığı bütçesinden 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29. maddesi hükmüne tabi olmaksızın yardım yapılmasını öngören iptali istenen düzenleme, 5018 sayılı Kanunun 29. maddesinin ikinci fıkrasının verdiği yetkiyle 2006/10656 sayılı BKK ile kabul edilen Yönetmeliğin 7. maddesindeki “yardımları kamu yararı gözeterek verilmiş amacına uygun olarak kullanmak” ve “yardımın amacına uygun olarak harcanıp harcanmadığına ilişkin bilgi, belge ve kayıtların birer örneği ile faaliyet raporlarını, faaliyetin bitimini müteakip bir ay içinde veya devam eden faaliyetlerine ilişkin bilgi, belge ve raporlarını takip eden yılın ilk ayı içerisinde yardım yapan idareye göndermek” yükümlülüğünden Yeşilay Vakfını azade kılmanın yanında yardım yapan Sağlık Bakanlığının denetimi dışına taşımayı ve ayrıca 8. maddesine göre de yapılan yardımların kamuoyuna açıklanmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, “hukuk devleti” ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı 17.6.2010 günlü ve E.2008/22, K.2010/82 sayılı kararında; “(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan 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. (...) Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” demiştir.

Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

“Hukuk devleti” ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isâbetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile; bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle Yeşilay Vakfı'na amaçlarını gerçekleştirmek üzere, Sağlık Bakanlığı bütçesinden yapılacak kamusal yardımın, yapılış amacına uygun kullanılmasını, denetiminin sağlanmasını ve kamuoyuna açıklanmasını güvence altına alacak sistemleri kurması gerekir. Aksine yasakoyucunun kurulu sistemden istisna tutmaya yönelik, amaç dışı kullanıma ve her türlü yolsuzluk ve usulsüzlüğe açık kaynak kullanımı teşvik eden yasal düzenlemeler yapmasının kamu yararıyla bağdaşmayacağı da açıktır.

Bu itibarla, adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, dava konusu düzenlemenin amaç unsuru yönünden özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarar gözetilerek ve kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

çıkartıldığından ve nihaî olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmiş olduğundan söz edilemez. Sağlık Bakanlığı bütçesinden Yeşilay Vakfına yapılacak yardımları 5018 sayılı Kanununun 29. maddesinden istisna tutan düzenleme, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasını amaçlayan “hukuk devleti ilkesi” ve “hukukun genel ilkeleri” ile bütünüyle çatışma hâlinde olduğundan, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, çağdaş demokrasi hesap verebilir demokrasidir ve demokratik devlet ilkesi, kamusal kaynak kullanan herkesin halka ve yetkili mercilere hesabını vermesini gerektirir. İptali istenen düzenleme kamu kaynağının hesabının verilmemesini öngördüğünden, Anayasa’nın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa’nın 87. maddesinde “bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek” Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmış; 161. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurallaştırılırken ikinci fıkrasında, “Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir.” denilmiş ve 162. maddesinde ise bütçenin görüşülmesi düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 30.12.2010 günlü ve E.2008/83, K.2010/121 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, “Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. (...) Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis’e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. (...) Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir.”

“Bütçenin yıllık olması” temel bütçe ilkelerindedir ve Anayasa’nın 161. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça belirtilmiştir. 6639 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 6487 sayılı Kanununun 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına Yeşilay vakfına aktarılmak üzere Sağlık Bakanlığı 2015 yılı bütçesine 15 milyon TL ödenek konulup; “takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak belirlenir.” denilmesi ve böylece 2006 ve sonrasındaki yıllarda Sağlık Bakanlığı bütçesine Yeşilay Vakfına aktarılmak üzere konulacak ödeneklerin 6639 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.4.2015 tarihinden belirlenmesi bütçenin yıllık olması ilkesiyle bağdaşmadığından, iptali istenen ifade Anayasa’nın 161. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, “bütçe hakkı” Türkiye Büyük Millet Meclisindedir ve bütçenin görüşülmesi Anayasa’nın 162. maddesinde düzenlenmiştir. Bütçe hakkının parlamentonun olması, parlamentonun bütçe ödeneklerini tahsis ederken iradesi üzerinde hiçbir sınırlamanın olmaması demektir. Gelecek yıllarda halkın iradesiyle şekillenecek parlamentonun iradesinin, bu günkü parlamento çoğunluğu tarafından belirlenmesi ve bu belirlemenin Sağlık Bakanlığı bütçesine Yeşilay Vakfına yardım amacıyla ne kadar ödenek konulacağı ayrıntısına inmesi, parlamentonun bütçe hakkı” ile bağdaşmadığından, “... takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak...” ifadesi, Anayasa’nın 87. maddesine aykırıdır.

Bütçenin görüşülmesi Anayasa’nın 162. maddesinde düzenlenirken; yasaların görüşülmesi Anayasa’nın 88. maddesinde farklı bir usule tabi tutulmuş ve Anayasa’nın 89. maddesinde Cumhurbaşkanına bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Bu bağlamda, bütçe kanunlarında düzenlenmesi gereken ödenek tahsisleri ile miktarlarının kanunla düzenlenmesi, Anayasa’nın 161. ve 162. maddelerindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki “10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın” ibaresi, Anayasa’nın 2. maddesine; ikinci cümlesindeki, “... takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak...” ifadesi ise Anayasa’nın 87., 161. ve 162. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin;

a) İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki “ ... ile Mütevelli Heyetinden ...” ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki “Mütevelli Heyetinin ...” ve “... Mütevelli Heyetinin ...” ibarelerinin; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki “Mütevelli Heyetinin teklifi ve ...” ibaresinin ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “... Mütevelli Heyeti tarafından ...” ibaresi ile dördüncü cümlesindeki “... ve Mütevelli Heyetinin onayı ...” ibaresinin Anayasa’ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddeyle İstanbul’da Sağlık Bilimleri Üniversitesi adıyla yeni bir üniversite kurulmakta; üniversite için 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda öngörülen organlara ek olarak ayrıca öngörülmeyen Mütevelli Heyeti oluşturularak 2547 sayılı Kanunda Rektör, senato ve yönetim kuruluna verilen görevlerin bir kısmı Mütevelli Heyetine verilmekte; Devlet üniversitelerinden farklı olarak “özel statülü” kurulan ve Sağlık Bakanlığı’nın kontrolünde oluşturulan “Mütevelli Heyeti” üzerinden üniversitenin akademik ve bilimsel özerkliği ortadan kaldırılmakta ve Anayasa’nın sınırlarını çizdiği çerçevenin dışında özel konumlu kurulan üniversite ile diğer Devlet üniversiteleri arasında ayrımcılık yapılmaktadır.

Anayasa’nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücünü yetiştirmek amacıyla kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiş; ikinci fıkrasında, kanunda gösterilen usul ve esaslara göre vakıflar tarafından Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurulabileceğine yer verilmiş; dokuzuncu fıkrasında, yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usullerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alındıktan sonra,

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

132. maddesinde ise Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarının özel kanun hükümlerine tabi olduğu kurallaştırılmıştır.

Anayasa'daki bu kurallara göre;

(i) Devlet tarafından kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olarak kurulacak devlete ait yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri; organlarının seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları; Devletin üniversiteler üzerinde gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri kanunla düzenlenecek;

(ii) Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre vakıflar tarafından Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilecek;

(iii) Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumları için özel kanun hükümleri getirilebilecektir.

Anayasa'nın 130. maddesinin birinci ve dokuzuncu fıkralarındaki kurallara göre, Devlete ait yükseköğretim kurumlarının, teşkilat (kuruluş) ve organlarının, bunların işleyişleri ile görev, yetki ve sorumluluklarının, Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim hakkını kullanma usullerinin bütünlük içinde ve bir örnek teşkil edecek şekilde kanunla düzenlenmesi; 131. maddesine göre ise bu kurallardan istisnai özel hükümlerin, Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarıyla sınırlı olarak getirilmesi gerekmektedir. Başka bir anlatımla Devlete ait yükseköğretim kurumlarının teşkilat, organlar, işleyiş, görev, yetki, sorumluluk ve Devletin üniversiteler üzerindeki gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri açısından bir örnek olması ve "özel statülü" üniversite kurulmaması Anayasal bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen vakıf üniversiteleri için ayrı bir kanun çıkarılmak yerine, vakıf üniversiteleri 2547 sayılı Kanuna eklenen ek maddelerde (ek madde 2 ila ek madde 15) düzenlenmiştir.

2547 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarının, vakıf yönetim organı dışında en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyetinin bulunması; mütevelli heyetin vakıf yönetim organı tarafından seçilmesi; mütevelli heyetin kendi üyeleri arasından bir başkan seçmesi; vakıf yükseköğretim kurumunun tüzelkişiliğinin mütevelli heyet tarafından temsil edilmesi; vakıf yükseköğretim kurumları yöneticilerinin Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanması; yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmelerinin mütevelli heyet tarafından yapılması, atama ve görevden alınmalarının ve yükseköğretim kurumunun bütçesinin mütevelli heyet tarafından onaylanması ve izlenmesi öngörülmüştür.

Bu kurallara göre mütevelli heyeti, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa göre kurulan vakıf yükseköğretim kurumlarının üst yönetim ve karar organıdır.

İptali istenen düzenlemelerde, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin 2547 sayılı Kanunda öngörülen organlar yanında ayrıca mütevelli heyetinin olması; beş üyeli mütevelli heyetinin Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ve Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile üniversite rektörü ve Yükseköğretim Kurulu'nun seçeceği bir üyeden oluşması; Başkanının Sağlık Bakanlığı Müsteşarı olması ve böylece beş üyeli heyette üçünün Sağlık Bakanlığınca belirlenip,

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Başkanının da Bakanlık Müsteşarı olması ve dolayısıyla Üniversite yönetiminin Sağlık Bakanlığının uhdesinde merkezileşmesi öngörülmüş; Sağlık Bakanlığının uhdesinde merkezileşen mütevelli heyetine, (i) 2547 sayılı Kanununun 13. maddesi ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 11. ve 17. maddeleri uyarınca üniversitelerde rektörün yetkisinde olan “Üniversitenin stratejik planını ve bütçe teklifini onaylamak.”; (ii) 2547 sayılı Kanununun 13. ve 15. maddelerine göre üniversite rektörü ile üniversite yönetim kurulunun yetkisinde olan “Kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle işbirliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine karar vermek; (iii) 2547 sayılı Kanununun 13. ve 14. maddelerine göre üniversite rektörü ile üniversite senatosunun yetkisinde olan “Yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulmasını teklif etmek”; (iv) Üniversite içinde üniversite rektörü üzerinde bir karar organı yaratılarak “Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar almak” yetkileri yanında ayrıca (v) öğretim üyesi atamaları ve norm kadronun belirlenmesinde söz ve karar sahibi kılınmıştır.

334 sayılı 1961 Anayasasının 120. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen, Devlet eliyle ve kanunla özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip olacak üniversiteler için üçüncü fıkrasında, üniversitelerin devletin gözetimi ve denetimi altında, kendileri tarafından seçilen organları eliyle yönetileceği belirtildikten sonra, “Özel kanuna göre kurulan Devlet üniversiteleri hakkındaki hükümler saklıdır.” denilerek özel kanunla kurulan (örneğin Ortadoğu Teknik Üniversitesi gibi) özel statülü/konumlu üniversiteler ayrı tutulurken; 2709 sayılı 1982 Anayasasının 130. maddesinde, özel kanunla özel statülü/konumlu kurulan üniversitelere özgü bir düzenlemeye yer verilmeyerek bütün Devlet üniversitelerinin teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim - öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlenmiştir. Bu düzenlenişin geri planında 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6.11.1981 tarihli ve 17506 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olması ve Anayasa'nın 130. maddesinin 2547 sayılı Kanundaki esaslara göre düzenlenmesi gerçeği de yatmaktadır. Nitekim 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı 1982 Anayasasının 130. maddesine ilişkin Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonu Değişiklik Gerekçesinde, “Danışma Meclisi tarafından kabul edilmiş bulunan 140 ıncı madde, 130 uncu madde olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemede 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile getirilmiş bulunan ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun hükümlerine göre Anayasa hükmü niteliğindeki esaslardan Anayasada yer alması gerekenler göz önünde bulundurulmuştur.” denilerek 2547 sayılı Kanundaki esasların Anayasa'nın 130. maddesine taşındığı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3708 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen ek 19. maddedeki, Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak, Milli Eğitim Bakanlığının önerisi üzerine uygun görülen üniversitelere Bakanlar Kurulu kararıyla özel statü verilmesine ve özel statü verilen üniversitenin dokuz kişilik bir Üst Yönetim Kurulu tarafından yönetilmesine ilişkin kuralları, 29.6.1992 tarihli ve E.1991/21, K.1992/42 sayılı kararında, “Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen üniversite dışında özel konumlu üniversite kurulamaz. Üniversitelere ilişkin ortak ilkeler de bu maddede yer almaktadır... Anayasa'ya aykırı yasa kurallarıyla uygulamaların geçerliği söz konusu olamaz. Anayasa'nın çerçevesini ya da sınırlarını çizdiği konum (statü) dışındaki üniversite konumu, üniversiteler arasında ayırım yaratan bir olumsuzluktur.” gerekçesiyle iptal etmiştir.

Bu itibarla, İstanbul'da Devlet üniversitesi olarak kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde, 2547 sayılı Kanunda öngörülen üniversite organlarının üzerinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Kanununa göre kurulan vakıf yükseköğretim kurumlarına özgü mütevelli heyetine yer verilmesi ve Devlet üniversitelerinde üniversite organlarının (rektör, yönetim kurulu ve senato) yetkisinde olan görevlerin mütevelli heyetinin uhdesinde merkezileştirilmesi ve böylece Anayasa'nın sınırlarını çizdiği çerçevenin ve 132. maddesinde belirtilen istisnanın dışında özel statülü/konumlu Devlet üniversitesi kurulması, Anayasa'nın 130. ve 132. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 130. maddesinde, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip olduğu belirtilmiş ve Devletin yetkisi gözetim ve denetim ile sınırlandırılmıştır. Başka bir anlatımla üniversitelerin, Devletin gözetimi ve denetimi altında, kendi organları tarafından yönetilmesi, öğretim üye ve yardımcılarının göreve alınmaları ve yükseltmelerinin kendi organları tarafından yürütülmesi; üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının Yükseköğretim Kurulu veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmaması ve üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilmeleri bilimsel özerkliğin bir gereği olarak belirtilmiştir.

İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde üniversitenin organları dışında üst yönetim ve karar organı olarak mütevelli heyetinin öngörülmesi, beş üyeli mütevelli heyetinin başkanı dahil üç üyesinin Sağlık Bakanlığınca oluşturularak üst yönetim ve karar organının Sağlık Bakanlığının ve dolayısıyla idarenin kontrolüne verilmesi ve üniversite organlarının uhdesinde olan yetkilerin mütevelli heyetine devredilmesi, üniversite özerkliği ile bağdaşmadığından, iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 130. maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır.

Diğerleri yanında yurtdışında üniversiteye ait birimler kurmayı teklif etme, birlikte kullanılacak eğitim ve araştırma hastanelerinin eğitim birimleri ve ihtiyacını dikkate alarak üniversiteye tahsis edilecek kadroları il bazında belirleme ve üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısını onaylama gibi personel çalıştırmaya ve dolayısıyla üniversitede istihdam edilen öğretim üyesi ve yardımcıları ile idari personele ilişkin olan üniversite organlarına ait yetkilerin mütevelli heyetine verilmesi, diğer Devlet üniversitelerinde istihdam edilen kişiler ile İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinde istihdam edilen kişiler arasında ayrımcılığa yol açtığından iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "... ile Mütevelli Heyetinden ..." ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin ..." ve "... Mütevelli Heyetinin ..." ibareleri; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin teklifi ve ..." ibaresi ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "... Mütevelli Heyeti tarafından ..." ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "... ve Mütevelli Heyetinin onayı ..." ibaresi, Anayasa'nın 10., 130. ve 132. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrasıyla, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceği; Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastanelerinin, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsü kazanacağı; Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirleneceği ve öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağı; Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının, rektörün önerisi ve mütevelli heyetinin onayı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edileceği kurallaştırılarak; Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin önü açılmakta; yükseköğretim kurumlarının yetki ve sorumluluğunda olan tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin araştırma ve uygulama ayağı üzerinden teorik eğitim kısmı da Sağlık Bakanlığının kontrolüne verilerek, bir yandan üniversite özerkliği yok edilirken, diğer yandan teorik eğitimin İstanbul'da üniversite merkezinde, araştırma ve uygulama eğitiminin ise araştırma ve uygulama hastanelerinin bulunduğu illerde verilmesi öngörülerek tıp eğitiminin bütünlüğü ortadan kaldırılmaktadır.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa ilk defa 21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Kanunun 11. maddesiyle eklenen, sonra 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nin 58. ve 4.7.2012 tarihli ve 6354 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ek 9. madde bir zorunluluktan kaynaklanmıştır.

Tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi, teorik eğitim ile araştırma ve uygulama eğitimi bütünlüğüne dayanmakta ve araştırma ve uygulama eğitimi yapılabilmesi de tıp fakültesi bünyesinde araştırma ve uygulama merkezi yapılıp donatılmasından geçmektedir. Ancak, çoğu illerdeki üniversiteler bünyesinde "uygulama ve araştırma merkezi" yapılıp donatılmadan, bulunan boş binalara tıp fakültesi tabelası asılarak tıp fakülteleri açılmış, yetersiz sayıda öğretim üyesi görevlendirilerek öğrenci alımına başlanmıştır. Tıp eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulama eğitiminin yapılabilmesi için de Sağlık Bakanlığına ait illerdeki devlet hastanelerinin eğitim ve araştırma hastanesine dönüştürülmesini, eğitim ve araştırma hastanesinin Sağlık Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü alınarak il valisi ile üniversite rektörü arasında imzalanan protokol kapsamında Sağlık Bakanlığı ile üniversite tıp fakültesinin birlikte kullanımını ve birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimlerinin tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülmesini öngören ek 9. madde yasalaştırılmıştır.

3359 sayılı Kanunun yürürlükte bulunan ek 9. maddesinin birinci fıkrasına göre, adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçlarına göre toplam il nüfusu 750.000'e kadar olan illerde eğitim ve araştırma hizmetlerinin, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilmesi ve bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversitelerin, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım protokolü yapmaları zorunludur. Dolayısıyla İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceği eğitim ve araştırma

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

hastaneleri, ya mevcut tıp fakültelerinin birlikte kullanım protokolü yaptıklarının (varsa) dışında kalan eğitim ve araştırma hastaneleri olacak ya da özerkliğe sahip üniversitelerin mevcut tıp fakülteleri, Sağlık Bakanlığının mütevellî heyeti temelinde yönetimini elde tuttuğu Sağlık Bilimleri Üniversitesi ile Sağlık Bakanlığına ait eğitim ve araştırma hastaneleri üzerinde rekabete girecek ve nihayetinde tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulama faaliyetini yapacağı sağlık tesisinden mahrum kalabileceklerdir. Mahrum kalma mevcut tıp fakültelerinin tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi için zorunlu bulunan araştırma ve uygulama faaliyetlerini yapamamaları demektir.

Öte yandan mevcut tıp fakültelerinin birlikte kullanım protokolleri yaptıkları eğitim ve araştırma hastaneleri ile tıp fakülteleri aynı il sınırları içindedir. Bu bağlamda, tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği teorik eğitim ile araştırma ve uygulama eğitimi aynı il sınırları içinde ve ayrı binalar da olsa birbirine yakın mekanlarda yapılmaktadır. Ancak, Sağlık Bilimleri Üniversitesi İstanbul'da kurulmakta ve dolayısıyla tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği teorik eğitimin Sağlık Bilimleri Üniversitesinin İstanbul yerleşkesinde verilmesi; buna karşın araştırma ve uygulama eğitiminin ise Sağlık Bakanlığının Türkiye'nin değişik illerinde bulunan eğitim ve araştırma hastanelerinde verilmesi öngörülmektedir. Tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmı ile araştırma ve uygulama kısmının iç içeliğe dayalı bütünlüğü göz önüne alındığında tıp lisans eğitimi öğrencisi veya tıpta uzmanlık eğitimi gören hekimin teorik eğitimi İstanbul'da, buna karşın araştırma ve uygulama faaliyetlerini Kars veya Van ya da Adana veyahut da Sinop'ta yapabilmesi fiili imkansızlık nedeniyle mümkün görünmemektedir.

İptali istenen düzenlemelerde, tüm bu çelişkili hususlar ile fiili imkansızlıkları gidermeye, mevcut üniversitelerin tıp fakültelerinin birlikte kullanımında olan sağlık tesislerinin birlikte kullanımının devam edeceğine güvence oluşturan ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminde teori ile araştırma ve uygulama bütünlüğünün nasıl sağlanacağına ilişkin açık, net ve uygulanabilir kurallar olmadığı gibi alt düzenleyici işlemlere yetki veren bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Sağlık Bilimleri Üniversitesinin Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastaneleriyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi çerçevesinde birlikte kullanım protokolleri yaparak sağlık uygulama ve araştırma faaliyetlerini yürüteceğine; Üniversitenin birlikte kullanım protokolü imzaladığı eğitim ve araştırma hastanelerinin, aynı zamanda Üniversitenin uygulama ve araştırma merkezi statüsü kazanacağına; Üniversiteye tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarının, temel bilimler hariç olmak üzere, birlikte kullanılan eğitim ve araştırma hastanesinin eğitim birimleri ve ihtiyacı dikkate alınarak, Rektörün önerisi üzerine Mütevelli Heyeti tarafından il bazında belirlenip öğretim üyesi atamalarının bu kadrolara yapılacağına; Üniversitenin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadro sayısının, rektörün önerisi ve mütevelli heyetinin onayı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından tespit edileceğine yönelik düzenlemeler; Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin tamamının Sağlık Bilimleri Üniversitesinin uygulama ve araştırma merkezi haline getirilmesinin önünü açarak eğitim ve araştırma hastaneleriyle birlikte kullanım protokolü yapmış mevcut üniversite tıp fakülteleri

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

için koruyucu önlem içermediği, tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmı ile araştırma ve uygulama kısmının iç içeliğe dayalı bütünlüğünü ortadan kaldırıp, nasıl ve ne şekilde sağlanacağına ilişkin açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir kurallar taşımadığı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Yürürlükteki mevzuatta Sağlık Bakanlığına, pratisyen hekimlere tıp biliminin belirli alanlarında uzmanlık ve özel yetenek kazandırmayı ve yetkilendirmeyi amaçlayan bir yükseköğretim olan "tıpta uzmanlık eğitimi" dışında, "tıp lisans eğitimi" alanında yetki ve görev verilmemiş; tıp lisans eğitiminde düzenleme yapma dahil görev ve yetkiler Yükseköğretim Kurumu ile özerk üniversitelere tanınmıştır.

Bununla birlikte iptali istenen düzenlemelerde, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin üst yönetim ve karar organı olan mütevelli heyetinin Sağlık Bakanlığının kontrolünde olması ve Sağlık Bakanlığının kontrolünde olan ve İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin tıp lisans eğitimi ve tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği araştırma ve uygulamalı eğitimi, teorik eğitimden mekânsal olarak kopararak Türkiye'nin her yerindeki eğitim ve araştırma hastanelerinde ortak kullanım protokolü kapsamında vermesi yanında, Sağlık Bilimleri Üniversitesinin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadrosunu onaylama ve il bazında tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarını belirleme yetkisi de Sağlık Bakanlığının kontrolündeki mütevelli heyetine verilmekte ve böylece Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Sağlık Bilimleri Üniversitesine Türkiye'nin her tarafında tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi verme ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmını araştırma ve uygulama kısmından mekânsal olarak koparma yetkisi tanınarak tıp lisans eğitimi, görev ve yetkisi olmayan Sağlık Bakanlığına terk edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.6.1992 tarihli ve E.1991/21, K.1992/42 sayılı kararında, "Bilimsel özerklik, kuruluşun işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak sağlanmasıdır. Devletin gözetim ve denetim hakkı, yürütmenin üniversitede söz sahibi olması, çalışmalara el atıp bunları yönlendirip yönetmesi biçiminde algılanamaz. Üniversiteler, en üst düzeydeki bilim kuruluşlarıdır. Özgür toplumun bilim alanındaki simgeleridir. Yönetim yapısı ve biçimi, üniversitenin niteliğini açıklar. Bilgi edinme, bilgi üretme ve insan yetiştirme amacının ortaya çıkardığı yapının, araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgün bir kurum olduğu gözardı edilemez. Özetlenen bu özellikleriyle üniversite, bilimi yaşama katan, usun öncülüğünü, düşüncenin aydınlığını somutlaştıran kurumlardır. Varlığının temeli kendi toplumu olmakla birlikte, amaç ve işlevinin gerektirdiği atılımlar ve devingenlikle onun önünde yürürler. Kurumlaşmış gelenek ve ilkeleriyle toplumun itici gücüdürler. Anayasa gerekleriyle uyumsuz bir üniversite yapısına geçerlik tanınamaz. Üniversitede devlet yönetimindeki sıralama türünde bir yönetim biçimi, düşünce üretimine, özgür düşünce ve özgür çalışmaya elverişli bir ortama engeldir. Bilimsel çalışmalarının, bilimsel yönetim ve bu özelliğe uyumlu olmak gerekir. Danışmanın, dayanışmanın ve kimi günde yarışmanın yerini akçalı olanaklara dayanan biçimsel üstünlük çabaları alırsa, bilgi ve bilim yerine görüntü egemen olur. Nesnel kurallara uymayıp öznel kuralları yeğleyerek özel konumlu üniversite oluşturmak Anayasa'nın öngördüğü üniversite yapısıyla bağdaşmamaktadır." denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında vurgulandığı üzere, en üst düzeydeki bilim kuruluşları olarak özgür toplumun bilim alanındaki simgeleri olan üniversiteler, bilgi edinme ve üretme ile insan yetiştirme amaçları doğrultusunda araştırma, deneyim ve tüm çabalarla gerçeği bulma ereğine özgülenmiş bir kurum olmayı gerektiriyor; bilimsel özerklik, kuruluşun işleyişe değin, bilimin gerektirdiği özgürlük ortamının tüm çalışmalarla yönetimde bir yaşam biçimi olarak

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

sağlanması anlamına geliyor; Devletin gözetim ve denetim hakkı, yürütmenin üniversitede söz sahibi olmasını ve çalışmalara el atıp bunları yönlendirip yönetmesini içermiyor ise; İstanbul'da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesinin birimlerine tahsis edilecek öğretim üyesi norm kadrosunu onaylama ve il bazında tahsis edilecek öğretim elemanı kadrolarını belirleme yetkisinin Sağlık Bakanlığının kontrolündeki müteveli heyetine verilmesi, Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Sağlık Bilimleri Üniversitesine kurulu bulunduğu merkez dışında ve Türkiye'nin her ilinde tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimi verme ve tıp lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitiminin teorik kısmını araştırma ve uygulama kısmından mekânsal olarak koparma yetkisi tanınması ve Yükseköğretim Kurumu ile üniversitelerin görev ve sorumluluğundaki tıp lisans eğitiminin, müteveli heyeti üzerinden görev ve yetkisi olmayan Sağlık Bakanlığına terk edilmesi, üniversite özerkliği ile bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler Anayasa'nın 130. maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanunun 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrasıyla, Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsü, yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmektedir.

6639 sayılı Kanuna kadar Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak hizmet veren ve görkemli mimarisi ile dikkat çeken tarihi yapı, 34. Osmanlı Padişahı II. Abdülhamit döneminde 1894 yılında Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane ismiyle tıp fakültesi olarak inşa edilmeye başlanmış ve inşası 1903'de tamamlanan binada 1903 yılında tıp eğitime başlanmıştır. 1933 yılına kadar tıp eğitiminde kullanılan bina, Haydarpaşa Tıp Fakültesine Avrupa yakasında yeni hizmet binası tahsis edilmesi nedeniyle 1933 yılında Haydarpaşa Lisesine tahsis edilmiştir. 1933-1983 yılları arasında Haydarpaşa Lisesi olarak kullanılan Tıbbiye binası, 1979-1980 eğitim-öğretim yılında Haydarpaşa Lisesinin yatılı bölümünün kapatılması ve Haydarpaşa Lisesinin Haydarpaşa Endüstri Meslek Lisesi'nin yeni yapılan ek binasına taşınması nedeniyle 1983 yılında Marmara Üniversitesi'ne tahsis edilmiş; 1984-1985 öğretim yılında Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi tarihi binaya taşınmıştır. Tarihi binada halen Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Tıp Fakültesi, Eczacılık Fakültesi ve Hukuk Fakültesi bulunmaktadır.

Halen Marmara Üniversitesi adına tahsisli bulunan Haydarpaşa Kampüsü, kamunun hizmet malıdır. Hizmet malları bir kamu hizmetine, o hizmetin ögesini oluşturacak biçimde bağlanmış olan taşınmaz mallardır. Kadastro Kanununun 16. maddesinin (A) bendine göre, kamu hizmetlerinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, kayıt, belge veya özel kanunlarına göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye, köy veya mahalli idare birlikleri tüzel kişiliği adlarına tespit olunurlar. Başka bir anlatımla, bu mallar tapu kütüğünde söz konusu idareler adına tescil edilirler. Bunlar esas itibarıyla devletin özel malı olup, tahsis işlemi ile kamu (hizmet) malı statüsü kazanırlar. Bu malların kamu hizmetine bağlandığı tahsis işlemi kaldırılmadıkça, satılmaları, başka bir kamu idaresince kamulaştırılmaları, başka bir kamu idaresine (hizmetine) tahsisleri veya haczedilmeleri hukuken söz konusu değildir. Kamu (hizmet) malının sahibi konumundaki kamu

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

tüzel kişisi, tahsisi kaldırırorsa diğer bir kamu tüzel kişisi kamulaştırma yapabilir; tahsis işlemi kaldırılıp idarenin özel malı statüsüne sokulursa, başka bir kamu idaresine bedel karşılığı satılabileceği gibi bedelsiz olarak başka bir kamu tüzel kişisine tahsis de edilebilir.

Nitekim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasında, kamu idarelerinin kanunlarında belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebilecekleri ve tahsis edilen taşınmazların amaç dışı kullanılmayacağı belirtilirken; ikinci fıkrasında Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Maliye Bakanlığının; diğer taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya ise maliki kamu idaresinin yetkili olduğu kurallaştırılmış; 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde ise Hazinesin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden kamu hizmeti için kullanılması gerekli olanları; genel, katma ve özel bütçeli idarelere tahsis etmek ve tahsis amacının ortadan kalkması veya amaç dışı kullanılması halinde tahsisi kaldırmak; tahsisi kaldırılan taşınmaz mallar üzerinde Hazine dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapı ve tesisleri tasfiye etmek, tasfiyeye ilişkin esas ve usulleri belirlemek görevleri Milli Emlak Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

Taşınmaz tahsisi, niteliği itibariyle idari bir işlemdir. Anayasa Mahkemesi 25.05.1976 günlü ve E. 976/1, K. 976/38 sayılı kararında idari işlemi; “Kamu kurumu ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olması gereken işlemdir.” şeklinde tanımlamıştır. İdari işlem ve eylemlerden dolayı çıkacak uyuşmazlıkların çözümü de idari yargının görev alanına girmektedir.

İdari işlemlerin temel özelliklerinden biri, idari işlemlerin baştan hukuka uygun olduklarının varsayılması ve yargı kararıyla iptal edilmedikçe edilmeye kadar uygulanmasına devam edilmesidir.

Eğitim-öğretim faaliyetlerinde kullanılmak üzere 1983 yılında Marmara Üniversitesine idari işlemle tahsis edilen ve tahsis edildiği tarihten itibaren Haydarpaşa Kampüsü olarak hizmet veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının yürürlükteki mevzuata göre Marmara Üniversitesine tahsisinin kaldırılarak Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilebilmesi ve bu tahsisin hukuka uygun olabilmesi için, ya Marmara Üniversitesine tahsis amacının ortadan kalkması ya da Marmara Üniversitesinin söz konusu binayı tahsis amacı dışında kullanması gerekmektedir.

1983’den 2015 yılına kadarki 32 yıllık süre içinde Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak eğitim-öğretim hizmeti veren ve bu süre içinde Marmara Üniversitesiyle özdeşleşip, diğer üniversitelerle rekabet halindeki Marmara Üniversitesinin marka kimliğine değer katan tarihi binanın tahsis amacı ortadan kalkmadan veya tahsis amacı dışında kullanıldığı ortaya konulmadan Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından tahsisinin kaldırılması durumunda, Anayasa’nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğu ve 36. maddesine göre de adil yargılanma hakkı herkese tanındığı için Marmara Üniversitesinin hukuka aykırı bu işleme karşı dava açma hakkını kullanma yolları açıktır.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Yasa koyucunun, niteliği itibariyle idari işlem olan ve idarenin yetkisinde bulunan tahsis işlemine karşı yargı yolunu kapatmak ve hak arama özgürlüğünü engellemek amacıyla tahsis işlemi yasa yoluyla yaptığı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 6. maddesinde egemenliği Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu; 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı kurallaştırılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Yasamanın genelliği ilkesine göre yasa koyucu istediği alanda istediği düzenlemeyi istediği şekilde yapmakta takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine uyararak adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının eğitim-öğretim faaliyetlerinde kullanmasında kamu yararı olduğu için 1983 yılında Marmara Üniversitesine tahsisi yapılmıştır. Tahsisin idari işlemle ortadan kaldırılabilmesi için ya tahsis amacının ortadan kalkması veya Marmara Üniversitesinin taşınmaz tahsis amacının dışında kullanması; tahsisin yasa yoluyla ortadan kaldırılıp Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilebilmesi için ise en azından Marmara Üniversitesine tahsisteki kamu yararından daha üstün bir kamu yararı olduğunun ve bunun hakkaniyete uygun olduğunun ortaya konulması gerekir.

İptali istenen düzenlemenin, Anayasa'nın 56. maddesinde kurallaştırılan sağlık hakkıyla ilgisi olduğu ve sağlık hakkında daha üstün bir kamu yararı bulunduğu ileri sürülebilir. Ancak, eğitim-öğretim hakkı ile sağlık hakkı Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmişlerdir ve aralarında bir üstünlük olduğundan söz edilecekse eğitim-öğretim hakkı 42. maddeye konu oluştururken, sağlık hakkı ise 56. maddeye konu oluşturmuştur. Öte yandan, sağlık hakkının ön koşulu, sağlık hizmetini verecek yetişmiş insan gücünü yetiştirmekten geçmektedir ve Marmara Üniversitesi söz konusu binada yakın zamana kadar diğerleri yanında tıp eğitimi de vermiştir ve bundan sonra da vermesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.

1983'de Marmara Üniversitesine milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek amacıyla tahsis edilen ve 6639 sayılı Kanuna kadarki 32 yıllık süre içinde Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü olarak eğitim-öğretim hizmeti veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binası, Sağlık Bilimleri Üniversitesine daha üstün bir kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değil, yine milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek üzere tahsis edilmektedir. 1983'den 2015 yılına kadarki 32 yıllık hizmet süresi içinde Marmara Üniversitesiyle özdeşleşip, diğer üniversitelerle rekabet halindeki Marmara Üniversitesinin marka kimliğine değer katan Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının, Marmara Üniversitesinden alınıp Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinde daha üstün bir kamu yararı

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

bulunmadığı gibi yapılan tahsis işlemi adalete ve hakkaniyete uygun olmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Yasa koyucunun, niteliği itibarıyla idari işlem olan ve idarenin yetkisinde bulunan tahsis işlemi, ortada daha üstün bir kamu yararı da bulunmadan yasayla elinden alıp başka bir kamu tüzel kişisine yasayla tahsis ederek Marmara Üniversitesi tüzel kişiliğinin hak arama özgürlüğünü engellemesi ve yargı yolunu kapaması, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu kuralına yer verilmiştir. Üniversitelere ise Anayasa'nın 130. maddesinde idari, mali ve bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirme görevi verilmiştir. Marmara Üniversitesine Anayasal görevi olan milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirmek üzere 1983 yılında tahsis edilen ve Marmara Üniversitesi tarafından halen Haydarpaşa Kampüsü olarak Adalet Meslek Yüksekokulu, Eczacılık Fakültesi ve Hukuk Fakültesi hizmeti veren Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasının, Marmara Üniversitesinin uygun görüşü alınmadan ve Marmara Üniversitesine bu hizmeti yürüteceği başka bir bina da tahsis edilmeden yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilmesinin Marmara Üniversitesince yürütülen Anayasal görevlerde aksamaya yol açacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu durum, Anayasa'nın 130. maddesiyle verilen ve Marmara Üniversitesi tarafından Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane binasında Haydarpaşa Kampüsü olarak yerine getirilen milletin ve ülkenin ihtiyaç duyduğu insan gücünü yetiştirme hizmetinin Anayasa'nın 123. maddesindeki esaslara göre hizmet binası, öğretim üyesi ve öğrenciler ile kampüs nitelenmesine uygun eğitsel ve sosyal donatılar bütünlüğü içinde ve ahenkle yerine getirilmesinin önkoşulu olan idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasal görevin yerine getirilmesini sekteye uğrattığı için, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 123. ve 130. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2809 sayılı Kanuna eklenen ek 158. maddenin altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 36., 123., 125. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 18. maddesi ile 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen "Dağıtım sistemindeki kayıpların azaltılmasına ilişkin tedbirler" başlıklı geçici 18. maddede "1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir." denilerek, EPDK'ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Bu noktada, Kurul'un kayıp-kaçığı nasıl önleyeceğine dair hiçbir açık hüküm yer almamakla birlikte, dava konusu yasal düzenlemenin Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde elektrik kayıp-kaçak bedeline ilişkin olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı temsilcisi tarafından yapılan açıklamada EPDK'nın 2011-2015 döneminde her yıl için 21 dağıtım bölgesine ayrı ayrı kayıp-kaçak oranlarının belirlenmesi ihtiyacının ortaya çıktığı belirtilmiştir. Ayrıca, 18. madde düzenlemesiyle 2011-2015 tarife

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

döneminin son yılı olan 2015 için EPDK'ya hedef kayıp kaçak oranlarının yeniden belirlenmesi yetkisinin verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinde “ teknik ve teknik olmayan kayıp oranları Türkiye ortalamasının çok üzerinde olan elektrik dağıtım bölgelerinde, kayıplarla etkin mücadele edilmesi ve düşürülmesi ile ek önlemlerin alınabilmesine yasal imkan sağlanması amaçlanmıştır. Bu kapsamda ilgili dağıtım bölgeleri için 1/1/2016 tarihine kadar bölgesel bazda düzenleme yapabilme yetkisi Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna verilmektedir.” denilmek suretiyle dava konusu düzenleme ile dağıtım şirketleriyle yapılan sözleşmelerin kayıp-kaçak oranlarının yeniden belirlenerek değiştirilmesinin amaçlandığı görülmektedir.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 15 inci maddesine göre, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılması ve idareyle yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla bedeli aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir:

a) İşin yapılma veya teslim tarihi.

b) İşin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla, işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme şartları.

Öte yandan 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ MADDE 18'de öngörülen ve sözleşmelerin değiştirilmesi anlamına gelen durum 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10 uncu maddesinde sayılan mücbir sebep hallerinden birisi de değildir. Buna göre, ihalesi yapılmış bir sözleşmede asli unsurlardan birisi olarak kabul edilen sözleşme bedelinin değiştirilebilmesi hukuken mümkün değildir.

Dava konusu düzenlemeyle, Elektrikte kaçak kullanımın yüksek olduğu bölgelerde faturalarını düzenli bir şekilde ödeyen elektrik abonelerinin daha fazla kayıp-kaçak ücreti ödemesi ve kayıp-kaçağı düşük olan bölgelerin kaçağın yüksek olduğu bölgelere daha fazla kaynak aktarmasına yasal bir zemin yaratılmaya çalışıldığı görülmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin hukuka aykırı olduğu açıktır.

Elektrik kayıp-kaçak hedefleri ile gerçekleştirmeler arasındaki farktan kaynaklanan zarar mevcut durumda şirketlerin üzerine yüklenmektedir. Ancak dava konusu düzenlemeyle şirketler aleyhine olan bu zarar kamu tarafından üstlenilecektir.

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

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliriyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 2.6.2011 tarihli ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi, “hukuk devleti” ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı başka bir Kararında şu tespitlerde bulunmuştur: “(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan 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. (...) Kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 17.6.2010 Tarihli ve 2008/22 Esas, 2010/82 Karar sayılı Kararı).

Kanunların, kamu yararı amacıyla yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

“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.

Anayasa Mahkemesi’nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle, yasakoyucunun, bu esası gözardı etmemesi ve yasama normlarında, bu olguyu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

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 karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

6639 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen “Dağıtım sistemindeki kayıpların azaltılmasına ilişkin tedbirler başlığı taşıyan GEÇİCİ MADDE 18’de “1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir.” düzenlemesi ile hem kamu yararı esas göz ardı edilmiştir hem de EPDK’ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, ucu açık, belirsiz, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Elektrik dağıtımının özelleştirilmesi sürecinde gerek kamunun, gerek vatandaşların, gerekse de özel sektörün kâr edeceğine ilişkin yaklaşımlarla bu düzenlemenin gerekçesi olarak ifade edilen “Dağıtım şirketlerinin kâr edememesi” durumu devletin enerji politikalarında elektrik dağıtımının özelleştirmesi sürecine kamu yararı yaklaşımından ziyade özel sektörün karlılığını öne çıkaran bir tutum içerisinde olduğunu göstermektedir. Bu durumun kamu yararı amacı gütmeyeceği kesindir. Bu nedenle, kamu yararı amacı gözetmeyen bu düzenleme Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

Bununla birlikte, elektrik dağıtım şirketlerinin tamamı özelleştirilirken ihaleleri kazanan şirketlere kayıp-kaçığı azaltmak için hedefler verilmiş ve hedefi yakalayamayan şirketin, oluşan zararı kendisinin üstlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ancak bazı elektrik dağıtım bölgelerinde hedefin çok uzağında kalındığı görülmüş ve hatta bu oran hedefinin daha da artırıldığı bilgisi kamuoyuna yansımıştır. Düşük performanstan dolayı gerçekleşen yüksek kayıp-kaçak düzeyinin oluşturduğu ek maliyeti dağıtım şirketlerinin üstlenmesi ve bu ek maliyetler hiçbir şekilde tüketicilere yansıtılmaması gerekirken dava konusu düzenlemeyle dağıtım şirketlerinin oluşan ek maliyetlerini karşılamak için tüketicilerin ödeyeceği elektrik faturalarının artırılacağı ortadadır. Böylece, elektrik kayıp-kaçığı düşük olan bölgeler, kaçığın yüksek olduğu bölgelere daha fazla kaynak aktaracaktır. Bu, düzenli ödeme yapan abonelerin daha fazla kaçak parası ödeyeceği anlamına gelmektedir.

Öte yandan bir özelleştirme yapılırken özelleştirmenin şartnamesinde riskler, kârlılık durumu, verimlilik durumuna ilişkin analizlere yer verilmektedir. Özelleştirilecek kamu işletmesine talimli şirketler belli bir bedel karşılığı şartnameyi alıp incelemektedir. Bu şartname üzerinden ihale gerçekleştirilmekte ve şirketler bu şartlara göre kâr edeceğini düşünerek bu süreci nihayetlendirmektedirler. Özelleştirme öncesi belirlenen ihale şart ve kriterlerinin süreç tamamlandıktan sonra değiştirilmesi haksız kazanca yol açacaktır. İptali istenen dava konusu düzenleme, kayıp kaçak oranlarının diğer bölgelerden yüksek olan bölgelerde EPDK’nın fiyatları ayarlamaya yetkili olmasının kanuni zemine yerleştirilmesi ve doğrudan doğruya özelleştirme şartnamesine, ihalesine, kanunla müdahale anlamına gelmektedir.

Kayıp-kaçak oranının yeniden düzenlenmesiyle elektrik dağıtım şirketlerine ek finansman yaratılması geçtiğimiz yıllarda Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) kararlarına da yansımıştır. Örneğin, 16.12.2010 tarihinde EPDK’nın 2932 sayılı kararına göre Dicle Elektrik Dağıtım Şirketinin 2013 yılı hedefi yüzde 42,06 olarak belirlenmişti. Ancak EPDK’nın 15.11.2012 tarihli 4128 sayılı kararına göre Dicle Elektrik Dağıtım Şirketinin kayıp kaçak hedefi yüzde 71,07 olarak revize edilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle Dicle EDAŞ’a 400 milyon TL ek finansman sağlanmaktadır.

EPDK’nın 15.11.2012 tarihli kararına göre 2015 yılı kayıp kaçak oran hedefleri Dicle EDAŞ için yüzde 49,03; Vangölü EDAŞ için yüzde 35,94; Aras EDAŞ için yüzde 17,73; Toroslar EDAŞ için yüzde 10,72; Boğaziçi EDAŞ için yüzde 9,78 olarak yeniden belirlenmiştir. Oysa Türkiye Elektrik Dağıtım Şirketi verilerine göre, Dicle, Vangölü ve Aras Elektrik Dağıtım Şirketlerinin bulunduğu bölgelerde fiili kayıp kaçak oranının yüzde 75’ler düzeyinde olduğu bilinmektedir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Ülkemizde elektrik tüketim faturalarını oluşturan kalemler tüketicilere hiçbir şekilde yükümlülüğü olmayan ekonomik yük getirmektedir. Elektrik faturalarından tüketim tutarı, kayıp/kaçak bedeli (tüketim tutarı içerisinde saklı), dağıtım bedeli, iletim sistemi kullanım bedeli, perakende satış hizmet bedeli, sayaç okuma bedeli, enerji fonu, TRT payı, elektrik tüketim vergisi ve KDV kalemleri adı altında tahsilat yapılmaktadır. Kayıp/kaçak elektrik bedelinin elektrik tüketimine yönelik bir uygulamadır. Kayıp/kaçak bedeli elektrik enerjisinin iletimiyle ilgilidir. Elektrik enerjisi, abonelere iletmek üzere santrallerden dağıtım sistemine girmektedir. Elektrik enerjisinin bir kısmının iletim hatlarındaki teknik problemler nedeniyle yolda kaybolması, bir kısmının da kaçak kullanılması nedeniyle santrallerden çıkan elektrik enerjisinin tamamı tüketicinin sayacından geçmemektedir. Santrallerden çıkan elektrik enerjisi miktarı ile tüketicinin sayacındaki elektrik enerjisi miktarı arasındaki fark “kayıp/kaçak” olarak ifade edilmektedir. Diğer bir ifadeyle kayıp/kaçak bedeli elektrik sisteminde var olan teknik ve teknik olmayan kaybın maliyetinin kayıp/kaçak bedeli oranları ölçüsünde karşılanabilmesi amacıyla tüketicilere yöneltilen bir bedeldir.

Oysa Anayasa'nın 172. maddesi, Devlete tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik etmek görevlerini yüklemiştir. Ancak elektrik abonesi olan tüketicilerden Anayasal hiçbir dayanağı olmadan ve Anayasa'ya aykırı şekilde, 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ 18. madde ile mali yükümlülükler getirilmesi sağlanmıştır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde, “satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.” hükümleri yer almaktadır. Görüldüğü gibi 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde dayanak gösterilerek elektrik abonelerinden tahsil edilecek her türlü kaçak/kayıp bedeli hukuki dayanaktan ve anayasal ilkelerden yoksun olacağı gibi Tüketicinin korunması hakkında kanun hükümleri ile de çelişecektir.

Bu yönüyle, dava konusu geçici 18. madde faturalarını düzenli ödeyen tüketiciler bakımından ek mali yükümlülükler getirdiği ve ihaleyi alan firmalar için de sözleşme sonrası yeni şartlar oluşturduğundan ve haksız kazanca yol açtığından Anayasa'nın 172. maddesindeki Tüketicilerin korunması ile ilgili “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder” hükmüne aykırıdır. İptal edilmelidir.

Öte yandan, T.C. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu elektrik kayıp-kaçak bedelinin tahsilinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kararında (E: 2013/7-2454, K: 2014-679) 21.5.2014 Tarihli Kararı'nda. “...Elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlanmak suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin, kurallara uyan abonelerden tahsili yoluna gitmek hukuk devleti ve adalet düşünceleri ile bağdaşmamaktadır. Hem bu hal, parasını her hâlükârda tahsil eden davacı Kurum'un çağın teknik gelişmelerine ayak uydurmasına engel olur, yani davacı kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ihtiyacı duymayacağı gibi; elektriği hırsızlamak suretiyle kullanan kişilere karşı önlem alma ve takip etmek için gerekli girişimlerde de bulunmasını engeller. Oysa ki, elektrik kaybını önleme ve hırsızlıkları engelleme veya hırsız takip edip, bedeli ondan tahsil etme görevi de bizzat enerjinin sahibi bulunan davacıya aittir. Bununla birlikte, tüketici olan vatandaşın faturalara yansıtılan kayıp-kaçak bedelinin hangi miktarda olduğunun apaçık denetlenebilmesi ve hangi

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

hizmetin karşılığında ne bedel ödediğini bilmesi, yani şeffaflık hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır.” tespitinde bulunmuştur.

Yüksek yargı kararında, bu uygulamanın hukuk devleti ilkesi ve adalet anlayışıyla bağdaşmadığı, dağıtım şirketlerinin kayıp enerji miktarını azaltmak ya da kaçak kullanımı engellemek için altyapı ve üstyapıda gerekli yatırım ve organizasyonu yapmasına engel teşkil edeceği gibi gerekçelere dayanmıştır. İlgili dağıtım şirketinin yapmış olduğu karar düzeltme girişimi de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.12.2014 tarihinde vermiş olduğu kararıyla reddedilerek, 21.5.2014 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı kesinleşmiştir. Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu tahsilatların iadesine karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ödemesini zamanında ve düzgün yapan tüketiciden elektrik kayıp-kaçak bedelinin alınamayacağı yönündeki kararına rağmen, yasama organı tarafından bu karar göz ardı edilerek kanunlaşmış olan dava konusu düzenleme hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi toplumda adalet dengesinin kurulmasına engel olacak niteliktedir.

Ayrıca, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmünü içermektedir.

Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır. Bu nedenle iptali istenen kural ile kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanamayacağının öngörülmüş olması Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle 6639 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde, Anayasa'nın 138. maddesini de ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. madde, Anayasa'nın 2., 138. ve 172. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki “Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve ...” ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanununun 21. maddesiyle 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 12. maddeyle, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlükleri kapatılarak bölge müdürlüklerinin kullanımında olan her türlü taşınır, araç, gereç, malzeme, borç ve alacakları ile kayıt ve dokümanları personeliyle birlikte Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilirken; 6639 sayılı Kanununun 22. maddesiyle 638 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasıyla ise bölge müdürlükleri kapatılarak personeliyle il müdürlüklerine devredilen Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü yanında Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısı, Müşavir, Teftiş Kurulu Başkanı, I. Hukuk

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Müşaviri, Müstakil/Unvanlı Daire Başkanı, Daire Başkanı, Bölge Müdürü, Bölge Müdür Yardımcısı, Gençlik Hizmetleri ve Spor İl Müdürü, Gençlik Hizmetleri ve Spor İlçe Müdürü, Federasyon Genel Sekreteri, Yurt Müdürü ve Gençlik Merkezi Müdürü kadrolarında bulunanların görevlerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ererek Araştırmacı kadrolarına hâlen buldukları kadro dereceleriyle hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılacakları kurallandırılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilirken; 129. maddesinin ilk fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen kanunla düzenlemeden amaç; nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülükler ile aylık ve ödenekleri kapsayan unsurlar, yasama tasarrufuyla düzenlensin de nasıl düzenlenirse düzenlensin serbestliğinde değil; kanunla düzenlemenin, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin bilinci içinde ve Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen temel amaç ve görevleri hayata taşıyacak personel sistemi bütünlüğü içinde yapılması; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de görevlerini Anayasa'nın 129. maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa ve kanunlara sadık kalarak yapmasıdır. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasındaki kurallandırmada önceliğin kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiş olmasının anlamı da budur.

Kamu personel sisteminde "spoil system" (yağma sistemi) ve liyakat sistemi olmak üzere başlıca iki sistem görülmektedir. Tarihte "yağma sistemi", Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

İngiltere'de on dokuzuncu yüzyıla kadar yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmakta ve aristokrat sınıfı "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 siyasi parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasi partinin siyasi destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülmüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasi 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 yasadaki ibaren 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.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

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

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

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesine göre kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görececek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler, Anayasa'nın 70. maddesindeki ilke çerçevesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ile 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleri ve 70., 128. ve 129. maddelerinde kurallaştırılan temel ilkeler üzerine oturtulmuştur. 657 sayılı Kanunun 3. maddesinde "kariyer" ve "liyakat" Kanununun temel ilkeleri olarak belirlenmiş; kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetiştirme koşullarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlamak; liyakat/yeterlik ilkesi ise, devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit olanaklarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

Keyfiyete izin vermeyen liyakat ilkesi ile uzmanlaşmaya önem veren kariyer ilkesi, hukuk devleti ilkesini benimsemiş Cumhuriyet rejimlerinde, kamu personel sisteminin temel taşıdır ve kamu hizmetlerinin hukuka uygun ve kamu yararına sonuç verecek şekilde düzenli, süratli, etkili, verimli ve ekonomik şekilde yürütülebilmesi bu ilkelerin ödünsüz uygulanmasından geçmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 1. maddesinde, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunlara bağlı kuruluşlarda teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın atama ve nakillerin 2451 sayılı Kanuna göre yapılacağı hüküm altına alınmış; 2. maddesinin birinci fıkrasında, Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararlar atama yapılacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında "Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur." denilerek söz konusu ilke yasa kuralı haline getirilmiştir.

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

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

(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.

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

Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gitmesinin kamu yönetimi, kamu hizmetleri ve kamu personeli üzerinde yol açtığı tahribatın boyutları üzerine yapılmış bilimsel çalışmalar olmamakla birlikte, siyasal iktidarı cesaretlendirerek keyfi yönetimin önünü açtığı açıktır.

6639 sayılı Kanununun 21. maddesiyle 638 sayılı KHK'ye eklenen geçici 12. maddeyle, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlükleri kapatılarak personeliyle birlikte Kredi ve Yurtlar İl Müdürlüklerine devredilirken; 6639 sayılı Kanununun 22. maddesiyle 638 sayılı KHK'ye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasıyla ise Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü bölge müdürlüklerinin kapatılmasının arkasına sığınarak Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü yanında teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmayan Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde; Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar tüm personelin yasayla görevlerinden alınarak araştırmacı kadrolarına atanmaları öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. 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.

Anayasa Mahkemesi daha yakın zamanlarda aldığı 3.4.2013 tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında, "Diğer taraftan, teşkilat yapısı değiştirilen Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ve Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü'nün bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek müşavir veya araştırmacı kadrolarına atanmış sayılmalarının öngörülmesi, yeniden teşkilatlanma sonucu ortaya çıkan hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyledir. Meydana gelebilecek bu değişiklik, daha önce kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da uygulanabilecektir." diyerek, teşkilat yapısının değişmesi ve yeniden teşkilatlanmada ortaya çıkan hukuki ve fiili zorunlulukları, kamu görevlilerinin görevlerinden alınıp araştırmacı veya müşavir kadrolarına atamada gerekçe olarak nitelemiştir.

Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmadığı halde Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar olan kadrolarda görev yapan ve bu

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kadrolara liyakat ve kariyer ilkelerine göre atanan/atanması gereken kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmemesi 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 gerçeği ile görevden almaların atamadaki usule göre olacağı ilkesi ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez. Bu itibarla iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

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.

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

Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında hiçbir değişiklik olmadığı halde Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğünde Genel Müdür Yardımcısından şube müdürüne kadar olan kadrolarda görev yapanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından buldukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, adaletli bir hukuk düzeninde meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve liyakat ile kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasa'nın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

İptali istenen ibareler, Gençlik ve Spor Bakanlığı Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü'nün teşkilat yapısında yapılan değişikliklerin zorunlu bir sonucu değildir. Buna göre söz konusu işlemin sebep unsuru, teşkilattaki değişiklikten dolayı kadroların iptal

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

edilmesi, yeni kadrolar ihdas edilmesi değildir. Bu yanıyla da yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklı bir yanı da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2013 tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında da belirtildiği üzere "... bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitinin anayasal bir sorun olduğu ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerektiği açıktır." Anılan atama işleminin idari işlemle yapılması durumunda, kişiler hak arama hürriyetlerini kullanabilecekler iken, doğrudan kanunla yapılması nedeniyle, idari yargı mercileri önünde hak arama özgürlüklerinin sınırlandığı da apaçık bir gerçektir. Anayasa'nın 70. maddesinin göndermesiyle kariyer ve liyakat ilkelerine dayalı bir personel sisteminde, teşkilattaki değişiklikten dolayı bir kısım kadroların iptali ve yeni kadroların ihdası gibi ayrık durumlar hariç, kamu görevlilerinin atamalarındaki usulü göre görevden alınmaları ve atama ve görevden almaların idari işlemlerle gerçekleştirilip yürütme organının yetkisinde olması gerçeği karşısında, görevden almalara karşı kamu görevlilerinin hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla yasama tasarrufunda bulunulması ve nihayetinde kamu görevlilerinin yargı mercileri önünde dava açma haklarının ellerinden alınması, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanununun 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve ..." ibaresi, Anayasa'nın 2., 36., 70. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasa'ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanununun 23. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci fıkrasıyla;

4857 sayılı İş Kanunu ile 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hariç olmak üzere, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda;

a) Görevden alınan veya görev süreleri sona eren müsteşarlar ile ek göstergesi 7600 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık merkez müşaviri kadrolarına, ek göstergesi 7000 olan yönetici kadrolarında bulunanlar Başbakanlık müşaviri kadrolarına,

b) (a) bendinde belirtilenler hariç olmak üzere ek göstergesi 6400 ve daha yüksek tespit edilen yönetici kadrolarında veya pozisyonlarında bulunanlardan Başbakanlık Merkez Teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde Başbakanlık müşaviri, bakanlık merkez teşkilatları ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında olanlar bakanlığın müşavir kadrolarına, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda olanlar kurumlarının müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına,

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

c) Ek göstergeleri 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan merkez teşkilatına ait kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden merkez teşkilatına ait kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Daha önce (1) numaralı alt bentte belirtilen kadrolarda bulunmayanlardan ek göstergesi 3600 (dâhil) ila 6400 (hariç) olarak tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar ilgili kuruma ait (1) numaralı alt bentte yer alan kadro veya pozisyonlardan kurumlarınca tespit edilmiş olan kadro veya pozisyonlarına,

3) (2) numaralı alt bentte belirtilenlerden üç yıldan az görev yapmış olanlar, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

ç) Ek göstergesi 3600’den daha düşük tespit edilen yönetici kadro veya pozisyonlarında bulunanlar görevden alındıklarında veya görev süreleri sona erdiğinde;

1) Daha önce 657 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan kadrolar ile mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri ve yeterlilikleri aynı veya benzer nitelik arz eden kadro veya pozisyonlarda bulunanlar daha önceki bu kadro veya pozisyonlarına,

2) Diğerleri, bu maddeye göre ihdas edilmiş sayılan merkez veya taşra teşkilatına ait araştırmacı kadro veya pozisyonlarına,

atanmaları ve bu şekilde atananlardan bir ay içinde talepte bulunanların, atamaya yetkili amirler tarafından bu fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonları dışındaki daha önce buldukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara bir ay içinde atanacakları öngörülmekte;

İkinci fıkrasında, birinci fıkra kapsamında atananlar ile anılan fıkranın son cümlesi uyarınca talep üzerine yapılacak atamalar için uygun boş kadro veya pozisyon bulunmaması hâlinde, bunlar için başka bir işleme gerek kalmaksızın, söz konusu kadro veya pozisyonların ihdas edilmiş ve kurumların kadro veya pozisyon cetvellerinin ilgili bölümlerine eklenmiş sayılacağı; bu şekilde ihdas edilmiş sayılan kadro ve pozisyonların boşalması hâlinde, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı ve anılan kadro ve pozisyonlara atananların, atamaya yetkili amirleri tarafından belirlenen birimlerde istihdam edilecekleri;

Üçüncü fıkrasında, birinci fıkra hükmü kapsamında atananlardan birinci fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonlarında kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının, atandıkları söz konusu kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edileceği;

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kurallaştırılarak; Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin temel niteliklerine ve Anayasa'da yer alan kamu hizmeti ile kamu personeline ilişkin kurallara ve bu kurallardan türetilmiş 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine rağmen; Türkiye'nin Tanzimat ile başlayan ve Cumhuriyetle taçlandırılıp 657 sayılı Kanunla zirveye taşınan "liyakat" ilkesi temelli statü hukukuna dayalı personel sistemi, tam anlamıyla ve nihai şekilde "spoil system"e (yağma sistemi) dönüştürülmektedir. Çünkü 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'ler ile sonraki yasal düzenlemelerde geçici maddelere dayandırılan görevden almalar, 6639 sayılı Kanunla 375 sayılı KHK'ye ek madde eklenerek süreklilik boyutuna vardırılmıştır.

Tarihte "spoil system" (yağma sistemi) Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

İngiltere'de on dokuzuncu yüzyıla kadar yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmakta ve aristokrat sınıfı "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 yasadaki 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.

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

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

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilirken; 129. maddesinin ilk

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlileri, Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen kanunla düzenlemeden amaç; nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülükler ile aylık ve ödenekleri kapsayan unsurlar, yasama tasarrufuyla düzenlensin de nasıl düzenlenirse düzenlensin serbestliğinde değil; kanunla düzenlemenin, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin bilinci içinde, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen temel amaç ve görevleri hayata taşıyacak personel sistemi bütünlüğü içinde ve Anayasa'nın 70. maddesinde öngörüldüğü üzere kamu görevine atama, görev içinde yükseltme ve göreve son vermenin "liyakat" ilkesine dayandırılarak yapılması ve memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de görevlerini Anayasa'nın 129. maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa ve kanunlara sadık kalarak yürütmesidir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasındaki kurallaştırmada önceliğin kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiş olmasının anlamı da budur.

Önceliğin kamu hizmetlerine verilmesi Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatar. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir. Tarihsel olarak Roma Cumhuriyetinde kamu görevi/hizmeti olarak nitelendirilen ortak işleri görmek üzere tayin edilen kişilere "magistratus" deniyordu ve bunlar kamusal otoriteyle yani halkın bütününi ilgilendiren meseleleri kapsayan bir otoriteyle donanmış bulunuyordu.

Cumhuriyet rejiminin kamunun ortak işleri bağlamında varlık kazanıp, ortak işlerin görülmesinin her şeyden üstün tutulması anlayışına dayanması nedeniyle ki, Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerini yürütecek olan kamu görevlilerinin görevlerini kamu yararına ve hukuka uygun yürütmelerine güvence oluşturmak üzere kamu görevlilerinin özelliklerinin yasayla düzenlenmesi öngörülmüş ve kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütecek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler, Anayasa'nın 70. maddesindeki ilke çerçevesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleri ile 70., 128. ve 129. maddelerinde kurallaştırılan temel ilke ve kurallar üzerine oturtulmuştur. 657 sayılı Kanununun 3. maddesinde "kariyer" ve "liyakat" Kanununun temel ilkeleri olarak belirlenmiş; kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetiştirme koşullarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme olanağı sağlamak; liyakat/yeterlik ilkesi ise, devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini yeterlik sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit olanaklarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak olarak tanımlanmıştır.

Keyfiyete izin vermeyen liyakat ilkesi ile uzmanlaşmaya dayanan kariyer ilkesi, hukuk devleti ilkesini benimsemiş Cumhuriyet rejimlerinde, kamu personel sisteminin temel taşıdır ve

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kamu hizmetlerinin hukuka uygun ve kamu yararına sonuç verecek şekilde düzenli, süratli, etkili, verimli ve ekonomik şekilde yürütülebilmesi bu ilkelerin ödünsüz uygulanmasından geçmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları ise idare hukukunun temel ilkelerinden biridir. Nitekim 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 1. maddesinde, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunlara bağlı kuruluşlarda teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına bakılmaksızın atama ve nakillerin 2451 sayılı Kanuna göre yapılacağı hüküm altına alınmış; 2. maddesinin birinci fıkrasında, Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararla atama yapılacağı belirtildikten sonra ikinci fıkrasında "Bunların nakilleri ve görevden alınmaları da aynı usule göre olur." denilerek söz konusu ilke yasa kuralı haline getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tüm bu tarihsel olguları, Cumhuriyet rejiminde kamu görevlilerinin yürütmekle görevli olduğu kamu hizmetinin özelliği ve önceliğinden kaynaklanan niteliğini ve Anayasal ilke ve kuralları gözeterek, asli ve sürekli kamu hizmetlerinin tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının kamu görevlilerinin hukuk güvenliklerinin sağlanmasından geçtiği gerçeğinden hareketle 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. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 06.04.2006 günlü ve E.2003/112, K.2006/49; 04.02.2010 günlü ve E.2007/97, K.2010/32; E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararları).

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlar ile bundan sonraki kararlarında yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından vazgeçerek "yasamanın genelliği ilkesi" ile çapraşık açıklamalardan sonra nihayetinde "statü hukukunda kazanılmış haktan söz edilemeyeceği" argümanına dayanan yeni içtihadına gitmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliğine gitmesinin kamu yönetimi, kamu hizmetleri ve kamu personeli üzerinde yol açtığı tahribatın boyutları üzerine yapılmış bilimsel çalışmalar şimdilik olmamakla birlikte, siyasal iktidarı cesaretlendirerek keyfi yönetimin önünü açtığı açıktır. Siyasal İktidarın KHK'lerle başlattığı görevden almalar Milli Eğitim Bakanlığında sınavla kazanılmış okul müdürlüğü ve şube müdürlüklerine kadar taşınarak üç yıl içinde 10 binin üzerinde kamu görevlisi yasayla görevlerinden alınmış; nihayetinde bu görevden almalar, 6639 sayılı Kanunla sürekliliğe taşınarak kamu personel sistemi "yağma sistemi"ne taşınmıştır.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

3 üncü maddesinde, Anayasa'nın 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 atanalar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı atamalarda ise atanalar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, kamu hizmetinin veya Cumhura ait ortak işlerin Cumhuriyet rejimiyle özdeşleşen niteliğinin gözü önüne alınması ve Anayasal ilke ve kurallar çerçevesinde temellendirilmiş statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelini liyakat ilkesi olduğunun gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmesi temel bir zorunluluktur.

Statü hukukunun temel özelliği, kişilerin Devlet tarafından tek yanlı olarak belirlenmiş statüye girerek statü çerçevesinde görev yapmayı kabul etmesi olmakla birlikte; ayırt edici niteliği 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, önceliğin kamu hizmetlerinin hukuka ve kamu yararına yürütülmesine verilerek 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.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan hukuk güvenliği ilkesi, bireyin hukuki durumunun süreceği yönündeki beklentilerinin güvence altına alınması anlamına gelir. Kamu görevlilerinin hukuk güvenliği içinde çalışmaları, kamu görevlilerine tanınmış bir ayrıcalık değil, kamu hizmetinin önceliği ve özelliğinin zorunlu bir sonucudur.

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 olmazsa olmazıdır. 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. Aksinin kabulü, Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatan kamuya ait ortak işlerin, yani asli ve

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

sürekli kamu hizmetlerinin tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının, kamu görevlilerine hukuk güvenliği sağlanmasından değil de seçilmişlerin irade, istek ve çıkarlarına göre yönetimden geçtiğidir ki; bunun demokratik devlet ilkesi üzerinde yükselen Cumhuriyet rejimindeki anlamı seçilmişlerin despotizmidir.

Bu itibarla Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışının temelinde yatan, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin (herkese yani Cumhur'a ait ortak işlerin) gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, tarafsız, düzenli, sürekli, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde yürütülmesinin ön koşulu ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın bileşeni olan statü hukukuna dayalı personel sisteminin, yağma sistemine dönüştürülerek; görevlerinden alınan veya görev süresi sona eren yönetici kadro ve pozisyonundaki kamu görevlilerinin ek göstergelerine göre, yaptıkları görevden düşük statülü Başbakanlık merkez müşaviri, Başbakanlık müşaviri, bakanlık müşaviri, müşavir, danışman, müfettiş, denetçi, araştırmacı gibi kadrolara atanmalarını; bu şekilde daha düşük statülü görevlere atananlardan yönetici kadro veya pozisyonunda kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali haklarının atandıkları daha düşük statülü kadrolarda iki yıl süreyle eski kadrolarından ödenmesini, iki yıldan fazla süren sürelerle ilişkin olanlar ile asıl kadrolarında fiilen iki yıldan az süre görev yaptıktan sonra düşük statülü görevlere atananların mali haklarının düşük statülü kadrodan ödenmesinin öngörülmesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik devlet ilkesi ile Anayasa'nın 5. maddesindeki Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler bir bütün olarak Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine; kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı halde görev güvencelerini ortadan kaldırdığı, kamu görevlilerinin kazanılmış hakları olmakla birlikte (en azından mali haklar kazanılmış haktır), kazanılmış hakları olarak değerlendirilmese dahi meşru beklentileri hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunmadığı için ise yine bir bütün olarak Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; yasayla yapılan düzenleme Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin, tarafsız, tüm yurttaşlara eşit, hukuka ve kamu yararına uygun şekilde sunulmasının güvencesini ortadan kaldırdığı için Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

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.

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

Anayasa'nın 70. 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

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

ve görevin sona erdirilmesinde-, “eşitlik” ve “liyakat” ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiş; Anayasa Mahkemesi, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında ; “görevin gerektirdiği nitelikler” ifadesinden “liyakat” ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu idarelerinin teşkilat yapılarında hiçbir değişiklik olmadığı durumlar yanında her durum ve şart altında, kamu görevlilerinin “kariyer” ve “liyakat” ilkelerine göre yükseldikleri görevlerden alınarak daha düşük statülü görevlere atanmalarını öngören ve atandıkları görevlerde mali haklarını süre şartına bağlayan iptali istenen düzenlemeler, statü hukukuna ve statü hukukunun bileşenleri olan liyakat ile kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

İptali istenen düzenlemeler, kamu idarelerinin teşkilat yapılarında yapılan değişikliklerin zorunlu bir sonucu değildir. Buna göre iptali istenen düzenlemelerde öngörülen görevden alarak daha düşük statülü göreve atama işleminin sebep unsuru, teşkilatlardaki değişikliklerden dolayı kadroların iptal edilmesi, yeni kadrolar ihdas edilmesi değildir. Bu yanı sıra da statü hukukuna dayanan liyakat sisteminde yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklı bir yanı da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2013 tarihli ve E.2011/142, K.2013/52 sayılı kararında da belirtildiği üzere “... bu durumun, sebep unsuru yönünden hukuka uygun olup olmadığının tespitinin anayasal bir sorun olduğu ve bu yöndeki denetimin Anayasa Mahkemesince yapılması gerektiği açıktır.” İptali istenen düzenlemelerdeki görevden alarak daha düşük statülü göreve atama ve mali haklarını süreye bağlı tutup süreyle sınırlama işlemlerinin, statü hukukuna dayanan personel sisteminde idari işleme yapılması durumunda, kişiler hak arama hürriyetlerini kullanabilecekler iken, görevden alarak daha düşük statülü göreve atanmanın ve mali haklarını süreye dayandırıp süreyle sınırlandırmanın yasa kuralı haline getirilmesi nedeniyle, idari yargı mercileri önünde hak arama özgürlüklerinin sınırlandırıldığı da apaçık bir gerçektir. Anayasa'nın 70. maddesinin göndermesiyle kariyer ve liyakat ilkelerine dayalı bir personel sisteminde, teşkilattaki değişiklikten dolayı bir kısım kadroların iptali ve yeni kadroların ihdası gibi ayrık durumlar hariç, kamu görevlilerinin atamalarındaki usulü göre görevden alınmaları ve atama ve görevden almaların idari işlemlerle gerçekleştirilip yürütme organının yetkisinde olması gerçeği karşısında, görevden almalara karşı kamu görevlilerinin hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak amacıyla yasama tasarrufunda bulunularak görevden alıp daha düşük statülü görevlere atanmanın, mali hakların süreye bağlanmasının yasallaştırılması; başka bir deyişle hukuka aykırı işleme karşı hak arama yollarına başvuracak bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla ellerinden alınması yoluyla hak arama özgürlüğünün etkisizleştirilmesi, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Öte yandan, ek 18. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde, daha önce 657 sayılı Kanununun 36. maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde sayılan görevlerde bulunmayanlardan ek göstergesi 3600-6400 arasında tespit edilen yönetici kadro ve pozisyonlarında toplam en az üç görev yapmış olanların ilgili kuruma ait müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanmaları öngörülmektedir.

3600-6400 arası ek gösterge kamu idarelerindeki yönetici kadrolardan bakanlıklar ile bağımsız genel müdürlüklerinin merkez teşkilatındaki genel müdür yardımcısı ve daire başkanı kadroları ile taşra teşkilatında bölge müdürü ve il müdürü kadrolarına işaret etmektedir.

Buna göre örneğin; Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığında Bilgi İşlem Dairesi Başkanı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığında Destek Hizmetleri Dairesi Başkanı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığında Eğitim ve Yayın Dairesi Başkanı, Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığında Personel ve Eğitim Daire Başkanı, DSİ Genel Müdürlüğünde 1. Bölge Müdürü vb. toplam üç yıl daire başkanlığı/bölge müdürlüğü görevinde bulunmak suretiyle müfettiş olabilecektir.

Bilindiği üzere müfettişlik ve uzmanlıklar kariyer mesleklerdendir. Müfettişlik ve uzmanlık mesleklerine 657 sayılı Kanunda öngörülen genel ve özel şartları taşıyanlar mesleğe özel yarışma sınavına (yazılı ve sözlü/mülakat) tabi tutulmak suretiyle alınmaktadır.

Kişinin mesleğe özel yarışma sınavında başarılı olabilmesi için yürürlükteki mevzuat hükümleri bağlamında mesleğini yaparken de kullanacağı Anayasa hukukunun, borçlar hukukunun, ceza muhakemesi hukukunun, ticaret hukukunun, medeni hukukun genel esasları; idari yargı, idari teşkilat, devlet aleyhine işlenen cürümler, ayni haklar, kıymetli evrak, Türk vergi kanunlarının esasları, mikro/makro ekonomi, maliye teorisi, maliye politikası, kamu borçları, bütçe ve bütçe çeşit ve teknikleri, kamu giderleri ve gider kanunlarının esasları, kamu borçları, genel muhasebe, bilanço analizi ve teknikleri, ticari hesap gibi kuramsal dersler ve mevzuat hükümlerinin yanında İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinden birinde sınava girmesi ve başarılı olanların sözlü sınavında da başarılı olması gerekmektedir.

Genellikle 3 yıl süreli yardımcılık eğitiminde yukarıdaki mevzuat hükümleri ayrıntılı ve uygulamalı şekilde yeniden eğitime konu oluşturmakta; kurumun görev alanına giren mevzuatı ile bürokratik işleyişi yanında denetim teknikleri, iş ve süreç analizleri ile soruşturma usullerine yönelik eğitimden ve mesleğin gerektirdiği mesleki ve kişisel özellikler ve mesleki etik değerler kişilere kazandırıldıktan sonra yazılı ve sözlüden oluşan yeterlilik sınavının da başarılması gerekmektedir.

Hemen hemen bütün kamu idarelerinde, idari organizasyon içindeki iş, işlem ve faaliyetlerin denetimi; meslek içi eğitimden geçmiş, genel denetim tekniklerini ve soruşturma yöntemlerini bilen ve mesleğe özgü etik kurallara özen gösteren “uzman” elemanlarca yapılmaktadır.

Yargı kararlarında da müfettişlik mesleğinin kariyer yapısı açıkça vurgulanmış; “Denetim hizmetlerinin diğer idari hizmetlerinden ayrı olarak düzenlenmiş bulunması” bu konuya ilişkin Danıştay İçtihatlarının standartlaşmış gerekçesi haline gelmiştir. (Bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21/10/1983 gün, E.1983/16. K.1983/25; Danıştay 5 nci Dairesi 05/12/1979 gün, E.1978/7382 K.1979/4731; Danıştay 5 nci Dairesi E:2007/1347, K:2009/3719 sayılı kararı; Danıştay 2 nci Dairesi E:2012/8653; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu YD İtiraz 2013/293 sayılı kararı).

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Denetim hizmetleri, uluslararası alanda da ayrı bir kariyer olarak kabul edilmektedir.

Yolsuzlukla ilgili ulusal ve uluslararası anketler yolsuzlukla mücadelede en etkin yolun; seçilmiş, iyi yetiştirilmiş, tecrübeli denetim elemanları olduğunu göstermektedir.

Şeffaflık Derneği'nin yayınlanan son Yolsuzluk Algı Endeksinde ülkemizin 11 sıra geriye gitmesi göstermesinin yanında son altı yılda sergilemiş olduğu olumlu çabayı da götürmesi oldukça manidardır.

“Yolsuzluk algısı ve yolsuzluk denetimi doğru orantılıdır; yolsuzluk algısı, yolsuzluk deneyimleri ile aynı doğrultuda değişim göstermektedir. Öte yandan, yolsuzluğa karşı tutum yolsuzluk algısı ile ters orantılıdır.” (TESEV, Yolsuzluk ve Yolsuzlukla Mücadele Türkiye Değerlendirme Raporu, sayfa 9).

Avrupa Birliği'nin 2014 Yılı İlerleme Raporunda Türkiye'nin, kamu yönetimi reformuna yönelik kapsamlı bir stratejik çerçevesi bulunmadığı, bu nedenle bir kamu yönetimi reformu stratejisinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş, (www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf) yerindelik denetiminin yerine getirilmesinde kilit durumdaki Teftiş Kurulları ile ilgili yapılacak mevzuat değişikliklerinde düzenleyici etki analizi yapılmadığı vurgulanmış, kamu sektörünün ve kamudaki insan kaynaklarının yönetimini geliştirmeyi amaçlayan ve liyakate dayalı terfiyi sağlayan kamu reformlarına duyulan ihtiyacın devam ettiği, kamu görevlilerinin görevden alınmaları ve başka görevlere atanmalarının verimliliği azaltacağı ve kamu yönetimini daha da siyasileştireceği yönünde büyük bir endişe oluştuğu vurgulanmıştır.

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

Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Yönetici kadrolarından ek göstergesi 3600-6400 aralığında olan kamu görevlilerinin görevlerinden alınarak müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanmalarının, müfettişlik ve uzmanlık mesleklerinin giriş şartları, mesleki nitelik ve özellikleri ve mesleklerin kamu yönetimindeki işlevleri gözetildiğinde elverişli olmadığı açık olmanın yanında, müfettişlik ve uzmanlık mesleğinin eğitiminden geçerek mesleğe özgü nitelikleri kazanmayan kamu görevlilerinin bu mesleklere atanarak bu mesleklerin söz konusu kişilere yaptırılmaları gerekli

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

olmamanın ötesinde, söz konusu işler Devlet hayatında nitelikleri taşımayanlar tarafından yaptırılmayacak derecede önemli işlerden olduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yönetici kadrolarından ek göstergesi 3600-6400 aralığında olan kamu görevlileri ile mesleğe özel yarışma sınavıyla giren ve mesleğe özgü özel bilgi ve yetenekler ile etik değerlerin kazandırıldığı genellikle 3 yıl süreli yardımcılık eğitiminden sonra yeterlilik sınavıyla atanan kariyer meslek mensubu müfettiş ve uzmanların hukuksal durum ve konumları aynı değildir. Hukuksal durum ve konumları farklı olan 3600-6400 ek göstergeli yönetici kadrolarında bulunanların müfettişlik ve uzmanlık kadrolarına atanması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanununun 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 6639 sayılı Kanununun 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, "... (d) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreteri,' şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına 'il yazı işleri müdürü' ibaresinden önce gelmek üzere 'İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,' ibaresi eklenmiş ..." şeklinde yapılan değişikliklerin Amayasaya Aykırılığı

22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesine, 2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 62. maddesiyle eklenen dördüncü fıkrasıyla, "... Büyükşehir belediyesi bulunan illerde genel sekreter kadrosuna atananlar, genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık genel müdürleri, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananlar bakanlık bağımsız daire başkanları, I. hukuk müşaviri ve daire başkanı kadrosuna atananlar ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynen yararlanırlar; diğer illerde ise genel sekreter kadrosuna atananlar genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananlar ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanırlar..." hükmü getirilmiştir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 10. Maddenin eki "(II) Sayılı Cetvel (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)"nin 4. sırasında "Genel Müdür", 7. sırasında "Genel Müdür Yardımcısı, ... müstakil daire başkanı (Başbakanlık, bakanlık ve müsteşarlıklarda teşkilat kanunlarında hizmet birimi olarak tanımlanmış birimlerde)," 8. sırasında ise "Daire Başkanı," kadro görev unvanlarına yer verilirken;

666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddenin eki "(I) Sayılı Cetvel -Ek Ödeme Oranları"nın (A-1/d) sırasında, "... büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri, ...", (A-1/e) sırasında, "...büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer I. hukuk müşaviri, ..." ve (A-1/g) sırasında ise "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,..." kadro görev unvanlarına yer verilmiştir.

İl Özel İdaresi personeli açısından, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu özel kanun durumundadır.

5502 sayılı Kanun'un 36. maddesine ek dördüncü fıkranın eklendiği 661 sayılı KHK ile 666 sayılı KHK aynı günlü (2.11.2011 tarihli ve 28103 (Mükerrer) sayılı) Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girerken; 666 sayılı KHK'yi Bakanlar Kurulu 11.10.2011'de, daha önceki bir sayıyı alan 661 sayılı KHK'yi ise on üç gün sonra 24.10.2011'de kabul etmiştir.

Aynı konuyu düzenleyen iki farklı yasada birbirinden farklı hükümler varsa, konuya genel kanun yerine özel kanun hükmünün, ilk çıkan kanun yerine son çıkan kanun hükmünün uygulanacağı hukukun genel kabullerindedir.

661 sayılı KHK'nin 62. maddesiyle 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, büyükşehir belediyesi bulunan illerde, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların bakanlık bağımsız daire başkanları, 1. hukuk müşaviri ve daire başkanı kadrosuna atananların ise bakanlık daire başkanları; diğer illerde ise genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanacakları hüküm altına alınmış ise;

"büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı", "diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri," "büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri" ve "büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı" kadro görev unvanlarının, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddenin eki (I) Sayılı Cetvel'de değil, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 10. maddenin ekli (II) Sayılı Cetvelde yer alması hukuk tekniğinin ve yasa kodifiye etmenin mutlak gereğidir.

Oysa AKP Hükümeti, daha önceki sayıyı (661) taşıyan KHK'yi daha sonraki bir tarihte (24.10.2011) kabul ederken; daha sonraki sayıyı (666) taşıyan KHK'yi daha önceki bir

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

tarihte (11.10.2011) kabul edip, her ikisini de aynı tarihli Resmi Gazete’de (2.11.2911) yayımlayarak aynı tarihte yürürlüğe girmelerini sağlamakla Anayasa Mahkemesi’nin yorumuna muhtaç bir hukuk kaosuna yol açmayı başaramamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013 tarih ve E:2013/63, K:2013/163 sayılı kararıyla (I) Sayılı Cetvel’in (A-1/g) sırasındaki “İl nüfus ve vatandaşlık müdürü” ibaresini; 13.11.2014 günlü ve E.2014/172, K.2014/170 sayılı kararı ile ise (I) Sayılı Cetvel’in (A-1/d) sırasındaki “diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,...” ve (A-1/e) sırasında, “büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı” ibarelerini, 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamında bulunmadığından Anayasa’nın 91. maddesine aykırı bularak iptaline karar vermiş ve iptal kararlarının kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüştür.

Bu defa 6639 sayılı Kanunun 24. Maddesiyle 375 sayılı KHK’nin eki (I) Sayılı Cetvelin (A-1/d) sırasında yer alan “büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,” ibaresi “il özel idaresi genel sekreteri,” şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan “büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,” ibaresi “il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,” şeklinde değiştirilmekte; aynı bölümün (g) sırasına “il yazı işleri müdürü” ibaresinden önce gelmek üzere ise “İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,” ibaresi eklenmektedir.

Böylece 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. Maddesinin dördüncü fıkrasına göre, il özel idaresi genel sekreteri, bakanlık bağımsız daire başkanına ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanunun 152. Maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlar ödenecek ve dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel’in 7. Sırasına göre (54.300 + 30.000) gösterge üzerinden aylık alacakken, (I) Sayılı Cetvel’in (A-1/d) sırasından %190 ek ödeme alacak; il özel idaresi genel sekreter yardımcısı ise bakanlık daire başkanına mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Kanunun 152. Maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlar ödenecek ve dolayısıyla (II) Sayılı Cetvel’in 8. Sırasına göre (51.900 + 28575) puan gösterge üzerinden aylık alacakken, (I) sayılı Cetvel’in (A-1/e) sırasından %185 ek ödeme alacaktır. Öte yandan İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürü (II) Sayılı Cetvel’in 9. Sırasında Bakanlık İl Müdürü için öngörülen gösterge üzerinden aylık alacakken; (I) Sayılı Cetvel’in (A-1/g) sırası üzerinden %170 oranında ek ödeme alacak ve böylece söz konusu kişilerin aylıkları 1000 TL ile 1500 TL arasında düşecektir.

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Nitekim Anayasa’nın 55. maddesinin ikinci fıkrasında Devlete, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36. maddesinin dördüncü fıkrasında, il özel idaresi genel sekreterinin statüsü bakanlık bağımsız daire başkanı ile il özel idaresi genel sekreter yardımcısının statüsü ise bakanlık daire başkanıyla eşdeğer kabul edilerek il özel idaresi genel sekreterine, bakanlık bağımsız daire başkanının, il özel idaresi genel sekreter yardımcısına ise bakanlık daire başkanın özlük haklarının ödenmesi öngörülmüş ve bu haklar kendileri açısından kazanılmış hak statüsüne kavuşmuşken; yasakoyucunun 6639 sayılı Kanunla 375 sayılı KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in Anayasa Mahkemesince iptal edilen hükümlerinde il özel idaresi genel sekreteri ile il özel idaresi genel sekreter yardımcısının statüsüyle bağdaşmayan ve kazanılmış haklarını ihlal eden değişiklikler yapması, kazanılmış hakları korumadığı gibi, adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 2. ve 55. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığına bağlı il müdürlüğü olduğundan ve il valiliklerinin yazı işleri müdürlüğü ile aynı statüde bulunmadığından Bakanlık İl Müdürlükleri ile aynı konumdadır. İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü'nün özlük hakları da il müdürlükleri ile aynıdır. İl Müdürlüğü statüsünde olan İl Vatandaşlık ve Nüfus Müdürlüğü'nün diğer il müdürlükleri gibi (II) sayılı Cetvel'in 9. Sırasından özlük haklarını alması gerekirken, (I) sayılı Cetvelin (A-1/g) sırası üzerinden il valiliklerine bağlı müdürlüklerle aynı özlük haklarına tabi tutulması, aynı gerekçeyle Anayasa'nın 2. ve 55. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır. Bakanlık bağımsız daire başkanı ile aynı statüde bulunan il özel idaresi genel sekreterine, bakanlık daire başkanı ile aynı statüde olan il özel idaresi genel sekreter yardımcısına ve bakanlık il müdürleri ile aynı statüde olan il vatandaşlık ve nüfus müdürlerine, farklı ücretler verilerek negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6639 sayılı Kanunun 24. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, "... (d) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreteri,' şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan 'büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' ibaresi 'il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,' şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına 'il yazı işleri müdürü' ibaresinden önce gelmek üzere 'İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,' ibaresi eklenmiş ..." şeklinde yapılan değişiklikler, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 28. maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

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

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

getirilmiş ve CHP Meclis Grubu ikinci fıkradaki, “Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez.” kuralının iptali için Yüksek Mahkemenize iptal davası açmıştır. Dava henüz sonuçlanmamıştır.

Bu defa 6639 sayılı Kanununun 28. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “raylı taşıma sistemleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile tünel” ibaresi eklenerek, altında tünel yapılan taşınmaz sahiplerine de kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi kurallaştırılmaktadır.

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ile bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı veren bir haktır. Özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde kamulaştırılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasa'nın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

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

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

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü” kamulaştırma bedeli olmaktadır.

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

Olgusal bir gerçek olduğu içindir ki, bu gibi durumlarda malikin uğrayacağı zararı karşılamak üzere Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında idare lehine irtifak kurulması öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması öngörülmüş; 11. maddesinin son fıkrasında ise, irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırma nedeniyle taşınmaz veya kaynakta oluşacak değer düşüklüğü tutarının kamulaştırma bedeli olacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, Anayasa'da güvence altına alınan taşınmazın kuru mülkiyet hakkı değil, kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkilerinin ekonomik değeridir ve Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında bu ekonomik değerın taşınmazın “gerçek karşılığı” olacağı belirtilmiştir.

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

Günümüz şartlarında taşınmazların altında tünel yapılmasında, kamu yararı olabilir ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması Anayasal olarak mümkündür. Ancak, mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için, taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerekir.

Taşınmazın derinliği taşınmazın altında tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma yerine fiili şekilde yapılması ve bu kullanımdan kaynaklanan taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Anayasa'nın 46. maddesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

hakkını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak ve özünü ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

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

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

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

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

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

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

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

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

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

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

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

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

Taşınmazların altı tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve tünel yapılması ile tünelin kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında, taşınmazda ortaya çıkan parasal değer kaybının mahkeme yoluyla elde edilmesi olanağını da sonuçsuz bıraktığından Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6639 sayılı Kanunun 28. maddesi, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 29. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin;

a) Birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği; öngörülmektedir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir.

"Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 2013/39 Esas sayılı ve 22.05.2013 tarihli kararında belirttiği üzere "Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörülebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir".

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri olan "hukukî belirlilik" ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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.

5651 sayılı kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir...” kuralı ile internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesinde, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başbakanlığa, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili olarak da ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetki tanınmaktadır.

Böylelikle, erişim engelleme kararı verilen içeriğin, hangi hal ve kapsamda yaşam hakkını tehdit edeceği, kişilerin can güvenliğini veya genel sağlığı etkileyeceği veya hangi suçların işlenmesinin erişim engelleme kararı ile önüne geçileceği belirtilmemiş, bu konudaki takdir yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde tamamen Başbakanlık ve Bakanlıklara bırakılmıştır. Kanunun, bireylerin hak ve hürriyetlerine, hukuk güvenliğine hizmet etmesi gerekirken, tamamen soyut ve genel ifadelerle internete erişim ve bununla doğrudan bağlantılı olarak ifade, basın, haber alma, iletişim, haberleşme ve ticari faaliyette bulunma hürriyetleri kısıtlanmıştır.

Madde gerekçesinde hukuken korunması gereken yüksek menfaatin göz önünde bulundurulduğu belirtilse de, internet üzerinden yaşam hakkı ihlalinin, genel sağlığı etkileyici fiil ya da içeriğin, kamu düzeninin veya güvenliğinin korunmasının veya suç işlenmesinin önlenmesinin önüne geçilmesinin herhangi bir siteye erişimin engellenmesi kararının verilmesi ile gerçekleşmeyeceği aşikâr olduğu gibi, böyle bir durum olduğu iddia ediliyor olsa dahi en azından kesin illiyet rabitasının tesisi üzerine usulüne uygun olarak çıkarılacak kanunla yapılması gerekir. İnternette paylaşılan içeriğin hangi hal ve durumlarda bahsedilen yüksek kamu menfaatlerine hizmet için engelleneceği muammadır. Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hâller de tanımlanmamıştır. Düzenleme, yasamanın, kanunu uygulama konusunda yürütmeye geniş takdir yetkisi bıraktığını kanıtlar niteliktedir ki bu durum hukuki belirlilik ve anayasal devlet ilkeleri ile bağdaşmaz.

Kanun koyucunun, Anayasa’da da yer alan kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi genel kavramlara yer vermek suretiyle belirlilik ilkesini dolanmak amacıyla oluşturduğu yasa metni dikkate alındığında, belirtilen bu kavramlar her ne kadar bugün hukuk diline geçmiş olsa da, bu durum belirlilik kazanmak için yeterli değildir. Bugün bu kavramların Anayasa’da yer alması dahi tartışma konusuyken, hiçbirinin somutlaştırılmaksızın doğrudan doğruya temel hürriyetleri kısıtlama ve hatta bireyler hakkında ceza soruşturması sonuçları doğuracak yasaya temel alınması hukuk kurallarına aykırıdır. Bu kavramların Anayasa’da da bulunması, somutlaştırma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü anayasalar, bireylere doğrudan

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

uygulanacak normları değil, devlet ve bireyin temel haklarının kullanılmasına ilişkin çerçeve hükümleri ihdas eder. Bir kanunun “hukuken belirli” olduğundan bahsedilebilmesi için sayılan şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- *Temel haklara müdahalenin oranına bağlı olarak yasada olan normların somutlaştırılması gerekir.*
- *Yasa tekniği açısından daha somut bir düzenleme ve kavram kullanma olanağı varken, bu olanağın kullanılmayıp soyut ve belirsiz hükümlerle kişilerin hürriyetini sınırlandırmak veya kişiler hakkında ceza soruşturması yapmak belirlilik ilkesine aykırıdır.*
- *Belirsiz hukuki kavramların, en azından yargılama veya hukuki yorum yöntemleri ile açıklanabilir olması elzemdir.*
- *Yasanın uygulamasında yeknesaklık sağlanamayacaksa belirlilikten söz edilemez.¹*

Ayrıca, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak kapsamı ve mahiyeti değişebilen bu yanıyla da Başbakanlığa ve Başkanlığa verilen internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukuki belirsizlik içinde, hâkimlerin, Başbakanlığın ve Başkanlığın –olası- keyfi uygulamalarının önü açılmıştır. Bununla birlikte yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili olarak da ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'na) verilen erişimi engelleme yetkisi ile de bir hukuki belirsizlik yaratılarak, yalnızca Başbakanlık kanalıyla değil, Bakanlıklar tarafından da TİB'in baskı altına alınması sağlanmıştır ve Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her şarta ve duruma göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmiştir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un” 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” denildikten sonra ikinci fıkrasında “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde sayılan sebeplerden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hâllerde Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından yapılacak internet ortamında yer alan

¹ Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, AÜEFD, C.IX,1-2 2005, Dr. Osman Can

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhil olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağıının ve sürelerinin belirtilmemesi sebebiyle 5651 sayılı Kanununun 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinde "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. ..." hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda, ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. İfade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkili olup, görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 7/12/1976).

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternet sayesinde kişiler bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yayma imkânı bulmaktadırlar. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır. Demokratik bir sistemde ise, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kalarak kullanmaları şarttır.

5651 sayılı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca

olan hallerde Başbakanlığa; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlığa internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engelleme yetkisinin tanınması, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkisini keyfi şekilde kullanma imkânı vermesinden dolayı, 22. maddesinde yer alan “Haberleşme hürriyeti”nin, Anayasa’nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan “İfade hürriyeti”nin; ve yine Anayasa’nın 28. maddesinde düzenlenen “Basın hürriyeti”nin açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü Anayasa’nın 22. maddesinin birinci fıkrasına, 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...” hükmüne ve 28. maddesinin birinci fıkrasındaki, “Basın hürdür, sansür edilemez...” hükmüne aykırıdır.

Ayrıca, çağımızda “haberleşme”nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşımına sunmaktadır. Anayasamızda “Temel hak ve hürriyetler” arasında sayılan “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)” ile Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Çünkü anılan Anayasa kuralında, Temel hak ve hürriyetlerin ... ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü ile Hâkimlere, Başbakanlığa ve Başkanlığa internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimi engelleme imkânı tanınarak, temel hak ve hürriyetlerden sayılan “ifade hürriyeti”ne, “haberleşme hürriyeti”ne ve “basın hürriyeti”ne doğrudan müdahale ederek, Anayasamızda güvence altına alınan bu hürriyetlerin kullanımının engellenmesi konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Söz konusu hüküm, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araç olan ve bilgi, düşüncelerin açıklanması, karşılıklı paylaşılması, yayılması ve bilginin elde edilmesi bakımından vazgeçilmez olan İnternet’e erişimin, Başbakanlık, hâkim kararı veya Başkanlık kanalıyla kapsamı oldukça belirsiz yetkilere dayanılarak engellenebileceğini düzenlemektedir. Anayasal koruma altında olan ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının sınırlanması açısından keyfi uygulamaların önünü açan bir düzenlemedir. Böylesi bir düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gibi, soyut ve muğlak gerekçelere dayanılarak, kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir. Muhtevasında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi suretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, “ölçülülük ilkesi” ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü internet erişim hakkını ölçüsüzce ve orantısızca sınırlandırmakta ve Anayasa’nın “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi”ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Şüphesiz, Temel Hak ve Hürriyetler, ulusal ve uluslararası mevzuatta tanınmış, bireye yalnızca kişi olarak tanımlanması nedeniyle hasredilen, Anayasa ve ulusalüstü insan hakları sözleşmeleri ile güvence altına alınmış hürriyetlerdir.

2003 yılının Aralık ayında yapılan Birleşmiş Milletler Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi'nde, Birleşmiş Milletler Kurucu Belgesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ("İHEB") çerçevesinde sürdürülebilir gelişim ve yaşam kalitesini artırma yönünde insanların ve toplumların potansiyellerini azami ölçüde kullanabilmeleri için herkesin bilgi yaratma, bilgiye ulaşma, bilgiyi kullanma ve paylaşma hakkı olduğu ve bu hakları kullanabilmelerini sağlayacak şartların yaratılması hususunda katılımcı devletler, özel sektör ve sivil toplum temsilcileri bir sonuç bildirisi yayınlamışlardır.

Birleşik Krallık Devlet Televizyonu BBC, 2009 – 2010 arasında, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 26 ülke ve 14 bini Internet kullanıcısı dahi olmayan 27 bin yetişkin nezdinde yaptığı bir araştırma sonucunda, her beş kişiden birinin yani %79'luk bir kesimin Internet erişimini temel bir insan hakkı olarak gördüğü ortaya çıkmıştır. Ülkemiz bakımından da sonuç çok ilginçtir. Ülkemizde Internet erişiminin temel bir hak olduğunu düşünenlerin oranı % 91 çıkmıştı. Bu sonuç Avrupa'da Portekiz'in ardından ikinci en yüksek sonuçtur.

16 Mayıs 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları komisyonu Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları komisyonu raportörünün katkılarıyla hazırlanarak yayınladığı bir raporla Internet erişiminin temel bir insan hakkı olduğunu ve bu sayede insanların fikir ve ifade hürriyetlerini kullanabildiğini ifade etmektedir. Bu rapora göre,

• Keyfi olarak Internet sitesi veya içerik bloklama ve filtreleme adli veya tamamen bağımsız düzenleyici makam tarafından kanuni sınırlamalara uygun olarak yapılmalıdır. Şahsi yorumuma göre düzenleyici kurumun bu yetkisi ani bloklama veya filtreleme için yargılamayı gerektiren haller dışındaki çocuk pornosu, dolandırıcılık ve terör suçları gibi zararın çok büyük ve hukuk ihlalinin çok açık olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.

• Meşru fikir ve ifade hürriyeti kullanımları ceza hukuku kapsamından çıkarılmalıdır.
• Hizmet sağlayıcılara gayri makul sorumluluklar yüklenmemelidir.
• Yetersiz mahremiyet ve gizli bilgi korumasının iyileştirilmesi için düzenlemeler yapılmalıdır.

Bahsedilen raporda kabul edildiği üzere, internete erişim hakkı, ifade hürriyeti ve haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilgili olup, hukuk literatüründe dördüncü kuşak haklardan biri olarak yerini almıştır. Bu sebeple, internete yapılacak herhangi bir ölçüsüz kısıtlama, temel hak ve özgürlüklere ket vurulması anlamına gelecektir.

Avrupa Birliği Parlamenter Meclisi 4 Mart 2014'te Internet erişiminin, ifade hürriyetinin, eğitim hakkının, kültürel hayatta yer alma hakkının, siyasi hakların, toplanma, örgütlenme ve dernekleşme haklarının kullanılabilmesini gerçekleştiren bir olgu olduğunu kabul etmiştir. Internet'i bu sebeple AIHS'nin 10. maddesi çerçevesinde değerlendirdiklerini bildirmiştir.

AB, BM'e ve üye devletlere de bu konuda uyum halinde kodifikasyon çağrısı yapmıştır. Estonya, Finlandiya, Fransa gibi ülkeler Internet erişimini temel bir hak olarak kabul edip kendi iç mevzuatlarına dercetmişlerdir. Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesi'ne göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Tüm bu kanun hükümleri ve belirtilen hukuk prensipleri ışığında, bir hakkın sınırlandırılabilmesi için gerçekleşmesi zorunlu olan unsurlar şunlardır:

a) Söz konusu sınırlamanın kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hukukilik koşulunu karşılayıp karşılamadığı incelenir.

b) Yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine yani meşru amaca uygun olup olmadığı değerlendirilir.

c) Müdahalenin demokratik bir toplumda zaruri olup olmadığı dikkate alınır.

Hakların, belirlenen bu ölçütlerin dışında bir sebeple sınırlandırılması kabul edilemez ve demokratik bir toplumda hakların sınırlandırılmasına yol açacak müdahale, sıradan kaygılara dayanılarak gerçekleştirilemez.

Sınırlandırılması mümkün olan hakların da, özüne (hakkın çekirdek alanına) müdahale edilmeksizin sınırlandırılması esastır. Dolayısıyla, bir hakkın sınırlandırılabilir olması, o hak sınırlandırılabilir olsa dahi mevcut sınırlandırma sebepleri ortadan kalktığına, hala kullanılabilirliğini gösterir. Hakkın, sınırlandırmaya karar veren merci tarafından hiçbir sebepte faydalanılamaz hale getirilmesi, ölçüsüz bir sınırlamaya yol açar.

İnternete erişim hakkı artık başlı başına dördüncü kuşak temel haklardan sayılmakla, ifade ve haberleşme, hatta basın hürriyetinin gereği gibi yaşanabilmesi için olmazsa olmaz unsurlardan biri olup, erişim hakkının sınırlandırılması ancak kanunla ve hakkın özüne müdahale edilmeksizin gerçekleştirilmelidir.

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasamızın 90. maddesine göre kanun hükmünde olup, bu Sözleşme ve onu yorumlayan ve içtihat hukuku ile geliştiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen 552 ifade hürriyeti ihlali kararının 231'i yani % 41,8'i ülkemiz aleyhine verilmiştir. Türkiye'yi ikinci sırada ancak ve sadece 34 kararla Avusturya takip etmektedir. Ülkemizde rakamı tam olarak bilinmemekle birlikte en az yaklaşık 60 bin web sitesine erişim engellenmiştir.

Anayasa'nın ve demokrasi prensiplerinin gelişebilmesi ve toplumda çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşebilmesi için, ifade hürriyetinin ne kadar olmazsa olmaz bir şart olduğu, bugün gerek Anayasa ve Kanunlarda gerekse uluslararası düzlemde tartışmasızdır. Bu konuda, devletin; bireylerin ifade hürriyeti hakkını kullanmasına mani olmama negatif yükümlülüğü gibi, ifade hürriyetinin gereği gibi kullanılabilmesi ve buna ilişkin ortam ve imkânın topluma yerleştirilerek fikir teatisinin sağlanabilmesi için gereken her türlü tedbirin alınması pozitif yükümlülüğünün bulunduğu, içinde yaşadığımız yüzyılın ve toplumların gereklerine bağlı olarak kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulandığı üzere, demokrasilerde eleştirilmeyecek kişi ya da kurum yoktur. Hatta şu kadar ki, Anayasa'yı, kanunların öngördüğü çerçevede eleştiren kişiler dahi, Anayasa'nın bu güvencesinden faydalanırlar. Eğer Devlet ve Hükümet, pozitif yükümlülüğünü, eleştirel tüm yorumlara karşı soruşturma ve kovuşturma

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

başlatmak şeklinde uygulama yolunu seçerse, bu durumda toplumdaki bireyler düşüncelerini sürekli bir tehdit altında olmaktan kaçınmak için paylaşmaktan imtina ederler ki bu durumda, devlet ve hükümet, Anayasa ile güvence altına aldığı hakları dolaylı yoldan kullandırtmamış olur. İptali istenen yasa metninde geçen, “(...) suça konu içeriği yayan ve oluşturan kişiler hakkında Başkan suç duyurusunda bulunur.” İfadesindeki hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik sebebiyle, bireylerin fikirlerini paylaşmaktan imtina etmesi söz konusu olacak ve yasama eliyle bireyin ifade hürriyeti alanına ölçsüz bir müdahale ortaya çıkacaktır.

Ayrıca, ifade hürriyeti ve diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların toplumun tamamına yönelen açık ve yakın bir tehdide karşılık verebilir nitelikte olup yasayla öngörülmesi, kapsamının belli olması, keyfi olmaması ve yargı denetimine tabi olması gerekir. Soruşturma kapsamındaki ifadelerin suç sayılması hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik bakımından Anayasa’ya da aykırılık teşkil edecektir. (AİHM 10308 Sayılı ve 13.11.2008 tarihli Kayasu/Türkiye Kararı) Şüphesiz ki, hukuki sınırlandırma ölçütlerine uymaksızın verilen erişim engelleme kararı, kişilerin internet üzerinden ifadelerini yayması ve haberleşme özgürlüğünü de ihlal eder.

AİHM’in Türkiye Hakkında vermiş olduğu 23.06.2009 tarih ve 3009/377 Sayılı Ahmet Yıldırım vs. Türkiye kararında,

Davada, 5651 Sayılı Kanun’un birçok uygulamasında olduğu gibi yer sağlayıcı Google Sites’a erişim engelleme ile ilgili hiçbir bilgi sunulmamıştır. TİB’de ilk verilen kararın infaz için yeterli olmadığından bahisle tüm Google sitesinin engellenmesini mümkün kılabilmiştir. AİHM, bu tür önlemlerin her halde sözleşmeyi ihlal edeceğinin söylenemeyeceğini ancak konunun, erişimi, sınırlarını ve olası keyfi müdahaleye karşı etkili bir yargısal denetimi içeren katı yasal çerçeve ile düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 5651 Sayılı Kanun’un 8. maddesi hükmü, mahkemeye, denge incelemesi yapma, sözleşme ve mahkeme içtihadını dikkate alarak karar verme yükümlülüğü getirmediğinden bahisle, yasanın demokratik bir toplumda hukuk devletinin sağladığı korumayı sağlayamadığını belirtmiştir. Kararın devamında, “Keyfi müdahaleleri mümkün kılan 5651 Sayılı Kanun’un 8. maddesi’nin Yürürlükten kaldırılması gerektiğine karar vermiştir.

AİHM’in pilot karar niteliği teşkil eden bu kararına uygun olarak 5651 Sayılı Kanun hükümleri tartışıltyken, yürürlükte bulunan kanuna getirilen ek yükümlülüklerle ifade ve haberleşme hürriyetinin kullanılmasına engel hükümler düzenlenmesi, hukukun genel ilkeleri ve Anayasa’nın 90. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Dava dilekçemizin muhtelif kısımlarında belirtildiği üzere yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır. Benzer bir yetkinin Başkanlık’a verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi’nin 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında da “TİB’e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir...”değerlendirilmesine yer verilerek

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2014 tarihli 2014/4705 sayılı kararında, "... daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır..." değerlendirmesinde bulunarak çok sayıda içerik barındıran web sitelerinin tamamına erişimin engellenmesine yönelik yaptırımların, kanunu ihlal etmeyen bireylerin de hakkına müdahale etmiş olacağını vurgulamış ve "... siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir." şeklinde hüküm vererek, tüm siteye erişimi engellemenin ifade hürriyetinin özüne zarar verdiği ve pek çok birey için ağır müdahale oluşturduğunun altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin şirket merkezi yurt dışında bulunan ve yer sağlayıcı sıfatını haiz bir sosyal paylaşım sitesi hakkında, sitenin tamamına erişimin engellenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin bir başka başvuru neticesinde verdiği 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 sayılı kararında ise; "İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir amaçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır", internet erişimi hakkının diğer temel haklarla bağlantısı ve bu konuda idarenin göstermesi gereken özen vurgulanmıştır. Bu itibarla anılan kararda, Anayasa Mahkemesi, İnternete erişim ile kullanılabilen sosyal medya alanlarının ifade özgürlüğü bakımından bulunduğu konunun önemini vurgulamış; sayıca fazla üyesi bulunan bir sitenin tamamen engellenmesinin hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda hiçbir kanuni temele dayanmaksızın tüm site hakkında verilen erişim engelleme kararlarının Anayasa ve Uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış ifade özgürlüğü hakkının özüne bir müdahale sayılacağına hükmetmiştir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinde yer alan düzenlemeler yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla iptal edilen 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasında yer alan millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına dair gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesine ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ("Başkanlık") keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte sınırları belirsiz bir yetki tanıyan düzenlemeler ile oldukça benzerdir. Hatta 8/A maddesinin kapsamı, iptal edilen maddeye göre daha geniş tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrasına ilişkin iptal kararında, "Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur...

... Hukukun genel prensibi gereği “hukuken korunması gereken amaçla”, bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı “hukuki himaye yönteminin yani aracın” orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir.

Kuralda yer alan “millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi” ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; “amaç-araç” dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününiün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır... Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir...” değerlendirmesine bulunarak, erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin Anayasa'nın öngördüğü kurullarla bağdaşmadığı yönünde karar vermiştir.

Bu itibarla, “millî güvenlik”, “kamu düzeninin korunması” veya “suç işlenmesinin önlenmesi” gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından dahi tartışmalı olan ve her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren hukuki normların, idare tarafından değerlendirilmesi beklendiği dava konusu 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararına açıkça aykırı biçimde yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmaya zorludur. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 6552 sayılı Kanununun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasıyla aynı içerikte olduğundan, 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen, 8/A maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir." düzenlemesi, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 40., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

Bu düzenleme ile erişimin engellenmesi kararının Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirileceği, İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirileceği öngörülmüştür.

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde açıkça ve tâdâdî bir biçimde belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

- 2) *Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),*
 - 3) *Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),*
 - 4) *Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),*
 - 5) *Müstehcenlik (madde 226),*
 - 6) *Fuhuş (madde 227),*
 - 7) *Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),*
- suçları.*

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.”

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, “Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcısının kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği”; dördüncü fıkrasında da, “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, ‘Çocukların cinsel istismarı’, ‘Müstehcenlik’ ve ‘Fuhuş’ suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re ’sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği” hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukuu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, ‘Çocukların cinsel istismarı’, ‘Müstehcenlik’ ve ‘Fuhuş’ suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re ’sen Başkanlık tarafından verilebilecektir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası ile artık, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Böylelikle, “erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller” arasına, 5651 sayılı Kanunun 8.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan haller de eklenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, Erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından derhal erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilecektir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği de derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilecektir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”un bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6.2.2014 gün, 6518 sayılı Kanun ve 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut hâliyle dahi kamuoyunda tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, her seferinde daha kısıtlayıcı yöntemlere başvurarak, interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan düzenlemelerin, demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı açıktır. Hâl böyle iken, son kanuni değişiklik olan, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında öngörülen “...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” düzenlemesinin toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti ve basın hürriyeti kapsamında Türkiye’nin bilişim toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği aşikârdır. Kuşkusuz, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan bu tür düzenlemeler, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasa’nın 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Bu bağlamda, hukuk devletinde, günümüz çağdaş ve uygar toplumlarında, haberleşme hürriyetini, ifade hürriyetini ve basın hürriyetini gerçekleştirmenin bir vasıtası ve -deyim yerinde ise- bir uzantısı olan internet olgusuna ve erişimine ilişkin düzenlemeler yapılırken, kanunkoyucu, Anayasa’nın temel ilkelerine ve hukukun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır. O halde, haberleşme hürriyetinin, ifade hürriyetinin ve basın hürriyetinin

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kullanılmasının ve geliştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması; söz konusu hak ve hürriyetlerin kullanılmasını güçleştirecek, iletişimin engellenmesini kolaylaştıracak ve hızlandıracak düzenlemelerden kaçınılması, haberleşme, iletişim ve basın hukukunun ana kurallarının ve “hukuk devleti” ilkesinin gereklerindedir.

6639 sayılı Kanun’un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının “...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, kısıtlayıcı yöntemlerle, ülkemizde, İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak mâhiyette bir düzenleme anlamına gelmekte olup, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmamaktadır,

Bu nedenlerle 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un” 8/A maddesinin birinci fıkrasının “...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasamızın “hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Çağımızda “haberleşme”nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da, haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşımına sunmaktadır. Oysa, “...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” düzenlemesi ülkemiz açısından internet ortamında İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran ve kolaylaştıran, Anayasamızda “Temel hak ve hürriyetler” arasında sayılan “Haberleşme hürriyeti”nin, “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”nin (“ifade özgürlüğü”nin) ve “Basın hürriyeti”nin kullanımını sınırlandırması yanında, Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir.

Anayasamızın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlıklı 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmiştir. 5651 sayılı Kanuna 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un” kanununun 29. maddesi ile eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesinde öngörülen dava konusu yapılan düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin internet ortamında kullanılmasının doğal bir uzantısı olan bilgi paylaşımının, erişimin engellenmesi kararı ile sınırlandırdıktan sonra, bir de bu kararın yerine getirilmesinin çabuklaştırılıp, hızlandırılması, anılan Anayasal hakların kanun-dışı yollarla sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Şüphesiz, anılan Kural’da geçen “kanun” sözcüğü ile Anayasa koyucunun, “Anayasa’ya uygun olan

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kanun” mefhûmunu murâdettiği açıktır. Kaldı ki, dava konusu düzenleme, Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen “ölçülülük” ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Kanunkoyucu, yasal düzenlemeler yaparken “hukuk devleti” ilkesinin bir unsuru olan “ölçülülük ilkesiyle” bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında âdil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. ‘Elverişlilik’, başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık’ ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

Bu bilgiler ışığında dava konusu yasal düzenlemeye bakıldığında, “elverişlilik” unsuru gereği, başvuru önleminin (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda elverişli olmadığı; “gereklilik” unsuru gereği, başvuru önleminin (yine erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin), ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda gerekli olmadığı ve ‘orantılılık’ yönünden ise başvuru önlem (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ile ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, iptali istenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının “...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.” şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, ülkemiz açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, haberleşme, ifade ve basın hürriyetlerini, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve “ölçülülük ilkesi”ne aykırı olacak şekilde ölçsüz ve orantısız biçimde sınırladığı için Anayasa’nın 13. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

Diğer yandan, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” hakkında hükümler ihtivâ eden Anayasa’nın 40. maddesinin birinci fıkrasında “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” denildikten sonra, ikinci fıkrasında “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü getirilmiştir.

6639” sayılı Kanun’un” 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında öngörülen düzenlemeler ile sayılan sebeplerden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başkanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından yapılacak İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmaktadır.

Ayrıca, İdari kararlar bir URL’ye (içeriğe) hatta içinde milyarlarca kişi ve kuruma ait binlerce terabayt veriyi barındıran bütün bir İnternet hizmetine erişimin engellenmesi başlı

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

başına Anayasa'ya aykırı olduğu gibi, Başkanlık tarafından bildirilen kararın içerikten dört saat içinde kaldırılması, içeriği kaldırılan kişinin yetkili mercilere başvurmasını ve/veya engellenmenin sebebini öğrenmesini mümkün kılamayacak kadar kısa bir süredir.

Bu itibarla, erişimin derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde engellenmesi sonucunda, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İptali gerekir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasının "...Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir." şeklinde düzenlenen birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa'nın 2., 13. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptal edilmelidir.

Şüphesiz, Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzümsüz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin (a ve b) numaralı madde başlığı altında, 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir" şeklinde düzenlenen birinci fıkrası hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin;

"(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üçbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.” şeklindeki üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekteyiz.

Zira 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasında geçen “Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir” şeklindeki 8/A maddesinin birinci fıkrası ile aynı maddenin (3), (4) ve (5) nolu fıkraları arasında organik bir bağ mevcuttur.

6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası olmaksızın, 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin; “ (3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir. (4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üçbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.” şeklinde düzenlenen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları tek başlarına hüküm ifade etmezler ve başlıbaşına varlıklarını sürdüremezler. Öyle ise, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci fıkrasının birinci cümlesi hakkında az yukarıda (dava dilekçemizin [a ve b] maddesinde) ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun “Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama” başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmidir:

“Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”

Dava konusu yapılan 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrası hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkralarının da uygulanamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A. maddesinin birinci fıkrasının iptal başvurmuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyetleri kalmayan 6639 sayılı Kanunun 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin (3), (4) ve (5) nolu fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

c) İkinci fıkrasının Anayasa’ya Aykırılığı

6639 sayılı Kanun’un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrasında, Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir.

Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir. “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.” (Anayasa Mahkemesi’nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesinin temel unsurlarından biri “hukukî belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstik kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. “Hukukî belirlilik” ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrasında içeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının verilmesini takip eden yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı belirtilmektedir. Dava dilekçemizin muhtelif yerlerinde bahsettiğimiz üzere verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından kaldırılması kararının değerlendirmesine sunulması yerine onayına sunulması, başta Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Bu bağlamda, 6639 sayılı Kanun'un" 29.maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrası Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sarâhaten ve tâdâdî olarak belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcısının kararını

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği; dördüncü fıkrasında da, “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, ‘Çocukların cinsel istismârı’, ‘Müstehcenlik’ ve ‘Fuhuş’ suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re’sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği” hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, ‘Çocukların cinsel istismârı’, ‘Müstehcenlik’ ve ‘Fuhuş’ suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı, re’sen Başkanlık tarafından verilebilecektir.

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin birinci fıkrasına göre artık “yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık” tarafından erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Böylelikle, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek haller arasına 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan haller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, “yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması, geciktirilmesinde sakınca olan haller” de eklenmiş bulunmakta ve erişimin engellenmesi kararı verebilecekler arasına, hâkim ve Cumhuriyet Savcısının yanında, Başbakan ve TİB Başkanı da eklenmiş bulunmaktadır.

Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunana hallerde, 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinin ikinci cümlesi en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet Savcısını yetkili görürken, dava konusu Kural, yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan idare tarafından yerine getirileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlara ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 5651 sayılı kanunun 8. maddesinden

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

sonra gelmek üzere 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un" 29. maddesi ile eklenen 8/A maddesi ile "yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecine nazaran, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddi yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanununun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl (daha sıkı bir yargı denetimi) öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi sûretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamıştır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrasında öngörülen düzenlemeler, Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi"ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır. İptal edilmelidir.

"Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası ile getirilen düzenlemede Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı, bu karara karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia edenin ve ilgisinin aleyhine olması halinde, kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi sebebiyle, dava konusu 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

5651 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinde yer alan düzenlemeler yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla iptal edilen 6552 sayılı Kanununun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasında yer alan millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkan'ın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı;

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı düzenlemeleri ile oldukça benzerdir. Hatta 8/A maddesinin kapsamı, iptal edilen maddeye göre daha geniş tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 6552 sayılı Kanununun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrasına ilişkin iptal kararında, "...Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Millî güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur...

Hukukun genel prensibi gereği "hukukun korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Kuralda yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününe erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece millî güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." şeklinde karar vermiştir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

“Milli güvenlik”, “kamu düzeninin korunması” veya “suç işlenmesinin önlenmesi” gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından dahi tartışmalı olan ve her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren hukuki normların, idare tarafından değerlendirilmesi beklendiği dava konusu 8/A maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararına açıkça aykırı biçimde yeniden düzenlenmiştir.

Dava dilekçemizin muhtelif kısımlarında belirtildiği üzere yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinin ikinci fıkrası bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır. Benzer bir yetkinin Başkanlık’a verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi’nin 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında da “TİB’e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir.” değerlendirmesine yer verilerek erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık’a verilen yetkinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 8/A maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasıyla aynı içerikte olduğundan, 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 29.maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası olan “Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar.” şeklindeki düzenleme, Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin 2. fıkrası olan "Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar." şeklindeki düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 40. ve 153. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.

9) 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;

a) İkinci fıkrasındaki "...ilgili mevzuatın ve..." ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin ikinci fıkrasında "Elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin gizliliği esas olup, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi yasaktır." hükmü yer almaktadır. Böylece anılan fıkra ile elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası olmaksızın haberleşmenin dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi mümkün kılınmaktadır.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstik kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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. 6639 sayılı Kanun'un 32.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanması, kesilmesinin ve takip edilmesinin önü açılmaktadır. Böylece elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verilerinin gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...ilgili mevzuatın ve ..." ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Şüphesiz, 6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanması, kesilmesinin ve takip edilmesinin düzenlenmiş olması, "Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuatın öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında ve tamamen sınırsızca, hukuka ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi ve takip edilmesi mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller" in nelerden ibâret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesini, kaydedilmesini, saklanmasını, kesilmesini ve takip edilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...ilgili mevzuatın ve..." ibaresi, Anayasa'nın 20. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdahale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhumu"nun murâdedildiği aşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirilmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörülen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek ve ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucunun açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuatın sayılarının sınırsızlığı da düşünüldüğünde elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanması, kesilmesinin ve takip edilmesinin, başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin orantısız, ölçüsüz olduğu, Anayasa'nın 13. maddesi hükmünü de ihlal ettiği ortadır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 51. maddesinin birinci fıkrasındaki, "...ilgili mevzuatın ve..." ibaresinin Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki "...ilgili mevzuatın ve ..." ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacından önce gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan "ve" bağlacı anlamını yitirecek uygulanma kabiliyeti kalmayacaktır.. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu ibârenin iptal başvurusuz

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda yer alan ve uygulama kabiliyeti kalmayacak olan “ve” bağlacının da iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz.)

b) Altıncı fıkrasındaki “...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ...” ibaresinin Anayasa’ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51.maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeye göre “Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenleme uyarınca, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılacaktır. Anayasa’nın “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.” denilmiştir. Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen “hukuk devleti” ilkesinin temel unsurlarından biri “hukukî belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstik kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. “Hukukî belirlilik” ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeye göre “Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ancak ilgili kişilerin açık rızaları alınmak koşuluyla yurt dışına aktarılabilir.” şeklinde yapılmış olan düzenleme uyarınca, ilgili mevzuat hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılacaktır. Altıncı fıkrasındaki ilgili mevzuatın hükümlerinin tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hükümlerinin hangilerinin olduğu belirtilmeyerek, herhangi bir mevzuatın hükümleri gerekçe

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilir. Böylece kişilerin trafik ve konum verilerinin (kişisel verilerin) gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her ilgili mevzuat hükmünün değişebilen, öngörülemez ölçütleriyle göre yurt dışına aktarılabilir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un" 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki "...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,..." ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasında Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesinin düzenlenmiş olması, "Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuat hükümlerinin öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, "Kişisel verilerin trafik ve konum verilerinin ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde yurt dışına aktarılabilmesi mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibaret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki "...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla,..." ibaresi, Anayasa'nın 20. maddesi hükmüne aykırıdır.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

olduğuna ve bu hak, Anayasamızda “temel hak ve hürriyetler” arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdahale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen ve “Temel hak ve hürriyetlerin, özylerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırabileceği” Kural’ında öngörölen “kanun” sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, “Anayasa’ya uygun olan kanun mefhümü”nun murâdedildiği aşıkârdır. Ayrıca, Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özylerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçölülük kıstaslarına uygun olması” ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirilmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörölen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin altıncı fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuat hükümlerinin hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek ve ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucu açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuat hükümlerinin sayılarının sınırsızlığı düşünöldüğünde, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin trafik ve konum verilerinin ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesinin başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin sınırsız ve orantısız olduğu bu nedenle de Anayasa’nın 13. maddesi hükmünü de ihlal ettiği ortadır. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki, “...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ...” ibaresi Anayasa’nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un” 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki “...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ...” ibaresi Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptal edilmelidir.

c) Sekizinci fıkrasındaki “İlgili mevzuatın ve ...” ibaresinin Anayasa’ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, “İşletmeciler konum verilerinin işlenmesinde abonelere/kullanıcılara bu verilerin işlenmesini reddetme imkânı sağlar. İlgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağruları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilir.” hükmü bulunmaktadır.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Bu düzenleme ile konum verilerinin işlenmesinde işletmeciler abonelere/kullanıcılara verilerin işlenmesini reddetme imkanı sağlayacaklar ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde ancak acil yardım çağruları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri işletmeci tarafından yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebileceği düzenlenmiştir. Herkesçe kabul edilen ve bilinen acil yardım çağruları, sıhhi İmdat (Ambulans) 112, Yangın 110, Polis İmdat 155, Alo Trafik 154, Jandarma İmdat 156 ve benzeri çağrılar olup, 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2. maddesinde tanımlanan afet ve acil durum hâlleri şu şekilde düzenlenmiştir.

5902 sayılı Kanununun 2. maddesinin (a) bendinde, Acil durum: Toplumun tamamının veya belli kesimlerinin normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren olayları ve bu olayların oluşturduğu kriz halini;

(b) bendinde, Afet: Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları, ... ifade eder.

5902 sayılı Kanununun 2. maddesine göre, Acil durum: Toplumun tamamının veya belli kesimlerinin normal hayat ve faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan ve acil müdahaleyi gerektiren olayları ve bu olayların oluşturduğu kriz halini; Afet: Toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğuran, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durduran veya kesintiye uğratan doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayları ifade etmektedir.

İşte, acil yardım çağruları ile 29/5/2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda tanımlanan afet ve acil durum hâllerinde abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Bütün bu acil yardım çağruları ve 5902 sayılı kanunun öngördüğü hallere bir de ilgili mevzuatın öngördüğü durumlar... da eklenmektedir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstiki

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. “Hukukî belirlilik” ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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. 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde, abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Böylece, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilecektir. Kuşkusuz böylesi bir düzenlemenin Anayasa’nın “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki “...ilgili mevzuatın ve...” ibaresi, Anayasa’nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında ilgili mevzuatın ve yargı kararlarının öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesinin düzenlenmiş olması, “Anayasanın Özel Hayatın Gizliliği” kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel Hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz” hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. İlgili mevzuatın öngördüğü durumların belirsizliği ve kapsamının genişliği karşısında, Türk Hukukunda yürürlükte olan mevzuat sayısının sınırsızlığı ve fazlalığı da düşünüldüğünde, abonelerin/kullanıcıların tamamının rızası dışında ve tamamen sınırsızca, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri, hukuka ve Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen Özel Hayatın gizliliği ve korunması ilkesine aykırı biçimde yetkilendirilmiş kişilerce işlenebilecektir.

Diğer taraftan, yine Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmü getirilmiştir. Anayasa’nın aynı hükmünde yer alan “kanunda öngörülen haller”in nelerden ibaret olduğu ise, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesinin öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca “dokunmakta” ve Anayasa’nın 20. maddesine açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

maddesinin sekizinci fıkrasındaki “...ilgili mevzuatın ve ...” ibaresi, Anayasa’nın 20. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrası hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptal edilmelidir.

Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında “bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı”na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda “temel hak ve hürriyetler” arasında sayıldığına göre, özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdahale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen ve “Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği” Kural’ında öngörülen “kanun” sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, “Anayasa’ya uygun olan kanun mefhumunun murâdedildiği aşikârdır. Ayrıca, Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanunilik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması” ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasında öngörülen amaçla kullanılan araç arasındaki orantılılık ilkesi ve ilişkisi gözetilmeden, sınırlandırmada temel hakların aleyhine bir orantısızlık yaratılarak, sınırlamanın meşruiyetini yitireceği ortadayken, 27.03.2015 tarihli ve 6639 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin sekizinci fıkrasında ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangileri veya hangisi olduğu belirtilmeyerek, ilgili mevzuat kavramının sınırlarının belirsiz muğlak ucu açık olması, Türk Hukuk Sistemi içinde yer alan ilgili mevzuatın sınırsızlığı da düşünüldüğünde ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilmesinin, başka bir deyişle özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelecek olan her türlü idari, kazai tasarrufun önünü açan bu düzenlemenin sınırsız ve orantısız olduğu bu yönüyle de Anayasa’nın 13. maddesi hükmünü ihlal ettiği ortadır. Bu itibarla, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki, “...ilgili mevzuatın ve ...” ibaresinin Anayasa’nın 13. maddesine aykırıdır.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki “...ilgili mevzuatın ve ...” ibaresi Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, bu bapta dava konusu yaptığımız ibârenin sonunda yer alan “ve” bağlacından önce gelen sözcük grubunu oluşturan ibârenin öngördüğü Kural hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu ibârenin sonunda yer alan “ve” bağlacı anlamını yitirecek ve bağlacın uygulanamaması sonucu ortaya çıkacaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin sekizinci fıkrasındaki dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, aynı ibârenin sonunda yer alan ve uygulama kabiliyeti kalmayacak olan "ve" bağlacının da iptaline karar verilmesi hususunu Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

d) Onüçüncü fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü yer almaktadır. Buna göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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.

Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki dava konu düzenleme kapsamı genişletilerek Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisinin, iptal kararını hiçe sayacak şekilde, aynı mahiyette yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması mümkün değildir. Bu bağlamda, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir. İptal edilmelidir.

5/11/2008 tarihli, 5809 sayılı 10/11/2008 tarihli 27050 (Mük.) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Elektronik Haberleşme Kanunu ile 5809 sayılı Elektronik

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Haberleşme Kanunu ile ülke genelinde elektronik haberleşme hizmetlerinin yaygınlaştırılması, yeni yatırımların teşvik edilmesi, bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ve sektördeki rekabetin denetlenmesini amaçlanmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması" başlıklı 51. maddesinde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (Kurum), elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmıştır.

Bunun üzerine, 24.07.2012 tarihli ve 28363 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelikle, elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi, haberleşme içeriğine ilişkin verilerin dışındaki kişisel verilerin saklanması ve gizliliğinin korunması için elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin uyacakları usul ve esasları düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması için açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesince yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi üzerine devam eden yargılama sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" ve bu Yönetmeliğin dayanağını teşkil eden Kanun hükmü olan 5/11/2008 tarihli, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesi olan "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmünü, kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme ve bu konuda düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı, yasama organı tarafından temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılmasının Anayasa'nın 7, 13 ve 20. maddelerine ve sonuçta Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek, Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla yargıya taşınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesinin iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında şu tespitlerde bulunmuştur.

"...Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan ve dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişiksiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..."

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 51. maddesinin onüçüncü fıkrasında, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü, Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Kanun'un 51. maddesi ile aynı mahiyette olduğundan, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptal edilmelidir.

Açıklamaya çalışılan nedenlerle, 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesi ile yeniden düzenlenen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 51. maddesinin onüçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 153. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. maddesi ile değiştirilen 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 33. maddesinin dördüncü fıkrasındaki dava konusu ibare ile Yeşilay’a verilecek ödenek Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun denetim hükümleri dışına çıkarılmak suretiyle bütünüyle denetimsiz, kontrolsüz bir yapı öngörülmüştür. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na göre herhangi bir vakfa, kamuya yararlı derneğe, bir yere kaynak aktarılırsa devlet bunu denetleyecektir, bunun sonuçlarını da kamuoyuna açıklayacaktır. Dava konusu düzenlemede ise Yeşilay Vakfına aktarılan kaynağın denetiminin önü kapanmıştır. Denetimin olmaması kamu kaynaklarının amacına uygun olarak kullanıp kullanılmadığının tespit edilmesinin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca parlamentonun bütçe hakkı ihlal edilmiş ve bütçenin yıllık olma ilkesiyle bağdaşmayan düzenleme yapılmıştır. Dava konusu ibarenin uygulanması halinde, bütçeden yapılan nakdi yardımların veya nakit dışı kaynaklardan arsa, arazi verilmek suretiyle yapılan yardım ve desteklerin saydam ve hesap verilebilir bir yönetim anlayışı yerine kaynakların kötü kullanıma açık biçimde yolsuzluklara konu edilmesi ve kamunun zarar uğratılması ve kamunun kaynaklarının doğru şekilde ve amacına uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesi bütünüyle imkansız hale geldiğinden vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

2) İstanbul’da kurulan Sağlık Bilimleri Üniversitesi’nin öngörülen Mütevelli Heyeti temelinde özel statülü ve Sağlık Bakanlığının kontrolünde kurularak özerkliğinin ortadan kaldırılması, Sağlık Bakanlığının kontrolündeki Mütevelli Heyetine üniversite organlarına ait yetkilerin verilip, tıp lisans eğitiminde söz sahibi kılınması ve Mekteb-i Tıbbiyye-i Şâhâne adıyla hizmet vermek üzere inşa edilen ve hâlen Marmara Üniversitesi adına tahsisli olan Haydarpaşa Kampüsünün, yasayla Sağlık Bilimleri Üniversitesine tahsis edilerek Marmara Üniversitesinin Marmara Üniversitesince yürütülen Anayasal görevlerde aksamaya yol açılması Anayasa’ya aykırı olmanın yanında, özerkliği bulunmayan yükseköğretim kurumunda pratisyen hekim ve uzman hekim yetiştirilecek olması ile Marmara Üniversitesinin Anayasal görevlerini yapmasının engellenmesinin ileride telafisi olmayan zararları ortaya çıkacaktır.

3) 6639 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen GEÇİCİ MADDE 18 “1/1/2016 tarihine kadar, teknik ve teknik olmayan kayıplarının oranı ülke ortalamasının üzerinde olan dağıtım bölgelerinde, diğer dağıtım bölgelerinden farklı düzenlemeler yapılmasına, hedef kayıp-kaçak oranlarının bir önceki yılın gerçekleşmeleri dikkate alınarak ve sonraki uygulama dönemleri de dâhil olmak üzere yeniden belirlenmesine Kurul yetkilidir.” düzenlemesi ile hem kamu yararı esas göz ardı edilmiş; hem de EPDK’ya bu kayıp-kaçakların azaltılmasına ilişkin muğlak, ucu açık, belirsiz, detayı belli olmayan bir yetki tanınmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun ödemesini zamanında ve düzgün yapan tüketiciden elektrik kayıp-kaçak bedelinin alınamayacağı yönündeki kararına rağmen, yasama organı tarafından bu karar göz ardı edilerek kanunlaşmış olan dava konusu düzenleme hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi toplumda adalet dengesinin kurulmasına engel olacak niteliktedir. Dava konusu düzenlemeyle, Elektrikte kaçak kullanımın yüksek olduğu bölgelerde faturalarını düzenli bir şekilde ödeyen elektrik abonelerinin daha fazla kayıp-kaçak ücreti ödemesine ve kayıp-kaçığı düşük olan bölgelerin kaçığın yüksek olduğu bölgelere oranla daha fazla kaynak aktarmasına yasal bir zemin oluşturulduğu görülmektedir. Oysa yapılan düzenlemenin hukuka, anayasal ilkelere ve yüksek yargı organlarının kararlarına aykırı olduğu açıktır. Uygulanması halinde tüketicilere ileride telafisi olmayan mali yükler getirileceği kesindir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

4-5) İptali istenen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı Gerekçelerde ayrıntılı olarak ortaya konulmuştur. İptali istenen kuralların yürürlükte kalması durumunda hem kamu hizmetlerinden yararlanan yurttaşların, hem Anayasa'ya aykırı düzenlemelere muhatap olacak kamu görevlilerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

6) Düzenlemenin Anayasaya aykırılığı Gerekçeler bölümünde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Anayasa'ya aykırı düzenleme nedeniyle İl Özel İdare Müdürü, Müdür Yardımcısı ve Hukuk Müşavirleri ile İl ve Vatandaşlık Müdürleri aylıklarının az alacaklarından ileride telafisi olmayan zararları ortaya çıkacaktır.

7) Taşınmazların altı (derinliği) tünel yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve tünel ile tünelin kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır. Uygulanması halinde altında tünel yapılan taşınmaz sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

8) 6639 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan hükümler, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araç olan ve bilgi, düşüncelerin açıklanması, karşılıklı paylaşılması, yayılması ve bilginin elde edilmesi bakımından vazgeçilmez olan İnternet'e erişimin, Hakim veya Başbakanlık veya Başkanlık tarafından belirsiz yetkilere dayanılarak engellenebileceğini düzenlemektedir. Anayasal koruma altında olan ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının sınırlanması açısından keyfi uygulamaların önünü açan bir düzenlemedir. 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 gerektiği halde 6639 sayılı Kanununun 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan hükümler bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır.

İçerik çıkartılması ve Erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi ânından itibaren "dört saat" içinde yerine getirileceği öngörülerek, kısıtlayıcı ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttırıcı yöntemlerle erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesi hızlandırılmakta; Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başbakanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecek, bu kararın gereği derhal ve kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getireceği ve Başbakanlık veya ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde kararın kendiliğinden kalkacağı, hükme bağlanmakta;

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

“Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan haller” ibâresiyle, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, Hakim, Başbakan ve Başkanlığa, Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başbakanın ve ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlığa verilen erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun ve idarenin olası keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken, Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir.

Ayrıca hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde nasıl açıklayacağı, nerede açıklayacağı, ilgililere bildirim yapıp yapmayacağı, ilgililerin karardan nasıl haberdar olacağı ve karara ilişkin hukuki yollara nasıl başvurabileceği gibi hususlar dahi düzenlenmemiştir. Bu süreçte idarenin vereceği kararlarda ve yapacağı işlemlerde şeffaflık bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, yalnızca Başbakanlık ve Bakanlıkların bilgisi dahilinde başlatılacak bir süreç, sulh ceza hakimi verilen kararı onaylamadığı takdirde karar kendiliğinden ortadan kalksa bile, ilgili kişilerin bu durumdan haberi dahi olmayacaktır. 8/A maddesinin 2. fıkrasında Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Başbakanlık veya Başkanlık tarafından verilen söz konusu içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararı, tedbir niteliğinde bir karardır. Zira hâkim kararı onaylamadığı veya kırk sekiz saat içinde kararını açıklamadığı takdirde söz konusu karar kendiliğinden kalkacaktır. İçeriğin yayından kaldırılması, söz konusu içeriğin İnternet ortamından tamamen kalkması sonucunu doğuracak ve karar hukuka aykırı bulunsa veya kendiliğinden kalksa dahi söz konusu içerik çoktan yok olmuş olacaktır. Bu niteliğiyle içeriğin yayından kaldırılması davanın esasını çözümlenecek niteliktedir. Bu da kararın tedbir niteliğini aşacaktır.

Bu çerçevede 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 29. maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı Kanun’a eklenen 8/A maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeler Anayasa’ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırıdır ve bilgi paylaşımı ve bilgiye erişim açısından günümüzde var olan en önemli araçlardan İnternet’in yönetişimi ve İnternet’e erişim hususunda idareye geniş yetkiler tanınması suretiyle, ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve bilgiye erişme hakkının ihlal edilmesine neden olacaktır.

9) 6639 sayılı Kanun’un 32. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararıyla iptal edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesinin, kaydedilmesinin, saklanması, kesilmesinin ve takip edilmesinin önü açılmaktadır, böylelikle, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda elektronik haberleşmenin ve ilgili trafik verisinin, haberleşmeye taraf olanların tamamının rızası dışında dinlenmesini, kaydedilmesini, saklanmasını, kesilmesini ve takip

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

edilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) dokunulmasına Anayasa'ya aykırı biçimde izin verilmektedir.

6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin altıncı fıkrasındaki düzenlemeyle ilgili mevzuatın hükümlerinin tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hükümlerinin hangilerinin olduğu belirtilmeyerek, herhangi bir mevzuatın hükümleri gerekçe gösterilerek kişilerin trafik ve konum verileri, (kişisel verileri) kişilerin açık rızası alınmaksızın yurt dışına aktarılabilir. Böylece kişilerin trafik ve konum verilerinin (kişisel verilerin) gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her ilgili mevzuat hükmünün değişebilen, öngörülemez ölçütlerine göre yurt dışına aktarılabilmesinin önü açılmakta, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, trafik ve konum verileri ilgili kişilerin açık rızaları alınmaksızın yurt dışına aktarılabilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) dokunulmasına izin verilmektedir.

6639 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile 5809 sayılı Kanunun yeniden düzenlenen 51. maddesinin sekizinci fıkrasında, ilgili mevzuatın tanımı yapılmayarak ve ilgili mevzuatın hangilerinin olduğu belirtilmeyerek sınırları belirsiz muğlak ucu açık bir biçimde, abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerle sınırlı olmak kaydıyla işlenebilecektir. Böylece, konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri gizliliği her mevzuat hükmüne göre, her mevzuatın değişebilen öngörülemez ölçütleriyle ve her yargı hükmüne ve her yargı kararının değişebilen öngörülemez ölçütlerine göre ortadan kaldırılabilir, ilgili mevzuatın öngördüğü durumlarda abonelerin/kullanıcıların açık rızası aranmaksızın konum verileri ve ilgili kişilerin kimlik bilgileri yetkilendirilen kişilerce işlenebilmesinin öngören dava konusu düzenlemeyle, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunulmasına izin verilmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama ve yürütme organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, yasama organı yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar kanunlaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Çünkü kararlar gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Dolayısıyla yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin 2013/122 esas sayılı, 2014/74 karar sayılı 09.04.2014 tarihli kararını ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu 51. maddesinin onüçüncü fıkrasındaki, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir." hükmü ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi göz ardı edilmiştir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu kuralların uygulanması hâlinde, "Hukuk devleti" ilkesi cihetinden Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

Dava konusu kurallar hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi hâlinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

15.4.2015 tarihli ve 29327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

1) 4. maddesi ile değiştirilen 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 33. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesindeki "10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 29 uncu maddesi hükmüne tabi olmaksızın" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine; ikinci cümlesindeki, "... takip eden yıllarda ise her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak..." ifadesi ise Anayasa'nın 87., 161. ve 162. maddelerine,

2) 5. maddesiyle 28.3.1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununa eklenen ek 158. maddenin;

a) İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki " ... ile Mütevelli Heyetinden ..." ibaresi ile ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci cümleleri ve altıncı cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin ..." ve "... Mütevelli Heyetinin ..." ibarelerinin; üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki "Mütevelli Heyetinin teklifi ve ..." ibaresinin ve beşinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki "... Mütevelli Heyeti tarafından ..." ibaresi ile dördüncü cümlesindeki "... ve Mütevelli Heyetinin onayı ..." ibaresi, Anayasa'nın 10., 130. ve 132. maddelerine,

b) Beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine,

c) Altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 36., 123., 125. ve 130. maddelerine,

3) 18. maddesi ile 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa eklenen geçici 18. maddesi, Anayasa'nın 2., 138. ve 172. maddelerine,

Esas Sayısı : 2015/61
Karar Sayısı : 2016/172

4) 22. maddesiyle 3.6.2011 tarihli ve 638 sayılı *Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici 13. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki “Bakanlık Merkez Teşkilatı ile Spor Genel Müdürlüğü ve ...” ibaresi, Anayasa’nın 2., 36., 70. ve 125. maddelerine,*

5) 23. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı *Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, Anayasa’nın 2., 5., 10., 36., 70., 125. ve 128. maddelerine,*

6) 24. maddesiyle 375 sayılı *Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı Cetvelde, “... (d) sırasında yer alan ‘büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,’ ibaresi ‘il özel idaresi genel sekreteri,’ şeklinde ve aynı bölümün (e) sırasında yer alan ‘büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,’ ibaresi ‘il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,’ şeklinde değiştirilmiş, aynı bölümün (g) sırasına ‘il yazı işleri müdürü’ ibaresinden önce gelmek üzere ‘İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,’ ibaresi eklenmiş ...” şeklinde yapılan değişiklikler, Anayasa’nın 2., 10. ve 55. maddelerine;*

7) 28. maddesi, *Anayasa’nın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine,*

8) 29. maddesi ile 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı *Kanun’a eklenen 8/A maddesinin;*

a) *Birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa’nın 2., 13., 22., 26., 28., 40., 90. ve 153. maddelerine,*

b) *Birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri, Anayasa’nın 2., 13. ve 40. maddelerine,*

c) *İkinci fıkrası, Anayasa’nın 2., 13., 40. ve 153. maddelerine;*

9) 32. maddesi ile 5809 sayılı *Elektronik Haberleşme Kanununun yeniden düzenlenen 51. maddesinin;*

a) *İkinci fıkrasındaki “...ilgili mevzuatın ve ...” ibaresi Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine,*

b) *Altıncı fıkrasındaki “...ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, ...” ibaresi Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine,*

c) *Sekizinci fıkrasındaki “...İlgili mevzuatın ve ...” ibaresi Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine,*

d) *Onüçüncü fıkrası Anayasa’nın 2. ve 153. maddelerine,*

aykırı olmaları nedeniyle, gerek yukarıda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkeme’niz tarafından re’sen belirlenecek nedenlerle iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına,

Karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz.