*“II. GEREKÇELER*

*1) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 Sayılı Orman Kanunu’nun 11. Maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “… otuz gün içinde …” İbaresi ile Dördüncü Cümlesindeki “… İlan süresi geçtikten sonra …” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı*

*6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasıyla, orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresi, askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken, altı aylık süre otuz güne düşürülmekte ve otuz günlük ilan süresi geçtikten sonra dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşeceği kurala bağlanmaktadır.*

*6831 sayılı Orman Kanunu’nun 7. maddesine göre, devlet ormanları ile daha önce sınırlaması yapılmış olup da sınırlandırma sırasında orman olduğu halde orman sınırları dışında kalmış ormanların, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarına ait ormanların ve özel ormanların orman kadastrosu ile bu ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmazın ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti ve 2. madde (orman sayılan yerlerden orman sınırları dışına çıkarma) uygulamaları ile ilgili olarak kadastrosu kesinleşmiş yerlerde tespit edilen fenni hataların düzeltilmesi işleri orman kadastro komisyonları tarafından yapılmakta; 9. maddesine göre orman kadastro komisyonları kadastrosu yapılacak ormanların sınırlarını, arazi üzerinde belirleyerek tutanağa bağlama ve belirlenen sınır noktalarını ölçerek haritalama işlemlerini yapma şeklinde gerçekleştirmekte; 11. maddesine göre ise, orman kadastro komisyonları tarafından orman sınırlarının tespitine yönelik yapılan söz konusu tutanak ve haritalar askı suretiyle ilan edilmektedir.*

*Orman kadastro komisyonlarının Orman Genel Müdürlüğünce atanacak bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisinin başkanlığında, bir orman yüksek mühendisi veya orman mühendisi veya bunların bulunmaması halinde orman teknikeri, bir ziraat yüksek mühendisi veya ziraat mühendisi veya bunların bulunmaması halinde ziraat teknisyeni, mahalli ziraat odalarınca bildirilecek bir temsilci ile beldelerde belediye encümenince, mahalle ve köylerde muhtarlıkça bildirilecek bir temsilci olmak üzere bir başkan ve dört üyeden oluşmasının temelinde, ormanların Anayasal koruma altında olması yanında, ormanların ve orman sayılan yerlerin tespitinin özel uzmanlık bilgisi gerektiriyor olması yatmaktadır.*

*Ormanlar ise ağaç türlerine göre belirli bir rakımdan/yükseklikten sonra yetişmekte ve buralarda genellikle yine Anayasal koruma altında olan orman köylüleri yaşamaktadır.*

*Kamu hizmetlerinin orman köylerine yeterince ve etkin şekilde götürülememesi ve mevsimlik orman işlerinde çalışmaya dayalı düşük gelir seviyesi, bir yandan orman köylerinde eğitim seviyesinin düşük kalmasına yol açarken, diğer yandan sürekli bir gelire ve daha iyi eğitim, sağlık ve diğer kamu hizmetlerine erişim amacıyla orman köylerinden şehirlere kitlesel göçlere sebep olmuş ve olmaktadır.*

*Orman köylerinin yüksek ve engebeli arazilerde dağınık şekilde yapılaşmaları coğrafi gerçek; orman köylülerinin mevsimlik orman işlerine dayalı düşük gelir seviyesi ekonomik gerçek; orman köylerinde eğitim seviyesinin göreli yetersizliği sosyolojik gerçek; nüfusun şehirlere kitlesel göçü demografik gerçek ve orman kadastrosunun özel uzmanlık gerektiriyor olması ise hukuki-teknik gerçekler arasındadır.*

*Bu şartlar altında yasakoyucu, orman kadastro komisyonları tarafından hazırlanan tutanak ve haritalara karşı dava açma süresini altı aydan otuz güne düşürmüş ve ilan süresi (otuz gün) içinde dava açılmaması halinde tutanak ve haritaların kesinleşmesini öngörmüştür.*

*İptali istenen ibareler, mülkiyet hakkıyla ilgilidir. Anayasa’nın 35. maddesinde temel bir insan hakkı olarak düzenlenen mülkiyet hakkı, kişiye başkalarının hakkına zarar vermemek ve yasaların öngördüğü sınırlamalara uymak şartıyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı verir.*

*Hukuksal işlemlerin, kendilerine bağlanan hukuksal sonuçları doğurabilmesi için muhataplarına bildirilmesi gerekir. Bildirim esas olarak tebligat ile yapılır. Bu bağlamda tebligat, yetkili makamlarca tesis edilmiş hukuki işlemlerin, hukuki sonuçlarından etkilenen kişilere bildirimi ve bildirimin usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Tebligatın hukuka ve usulüne uygun yapılması, Anayasa ile güvence altına alınmış hakların kullanılabilmesinin önkoşulu ve hak arama hürriyetinin en önemli güvencelerinden biridir.*

*Mülkiyet gibi temel bir hakkı ilgilendiren ve orman kadastrosu gibi özel uzmanlık gerektiren bir işlemin sonucunda düzenlenen tutanak ve haritaların muhataplarına tebliğinin, yüksek ve engebeli arazilere yayılmış eğitim düzeyi göreceli düşük ve çoğunluğu da şehirlere göçmüş orman köylerinde askıya çıkarılma yoluyla ilanının, ilgililere şahsen yapılmış tebliğ hükmünde sayılması yetmezmiş gibi, bir de askı suretiyle ilanının altı aydan otuz güne düşürülmesi ve ilan süresi olan otuz gün içinde dava açılmaz ise tutanak ve haritaların kesinleşecek olmasının, ilgililerin yetkili mahkemeler önünde hak arama hürriyetini etkin bir şekilde kullanmalarına engel oluşturacağı açıktır. Çünkü, düzenleme orman köylerinin özelliklerini dikkate almadan ilgili orman köyünde arazisi bulunanlardan uzak şehirlere göçmüş olanlar da dahil herkesin otuz günlük askı süresi içinde, askıya çıkarılan tutanak ve haritalardan haberdar olmaları gerekeceği gibi bir varsayıma dayanmaktadır. Orman köylerinin gerçekleriyle bağdaşmayan bu varsayım sonucunda ilgililer bu kısacık süre içinde, orman kadastrosu gibi özel uzmanlık gerektiren harita ve tutanaklardan haberdar olamayacakları, hukuki-teknik içeriği hakkında bilgilenemeyecekleri ve yapılması gereken hukuksal işlemler hakkında bilgilenme amaçlı araştırma yapamayacakları için askıya çıkarılan harita ve tutanaklara ilişkin hukuksal iddialarını yetkili yargı makamları önüne getirip hukuksal haklarını arayamayacaklardır. Oysa, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının herkes için en geniş şekilde güvence altına alınması demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından biridir.*

*Bu itibarla iptali istenen ibareler, askıya çıkarılarak ilan edilen orman kadastro komisyonu tutanak ve haritalarının ilgililer tarafından bilinmesi, hukuki-teknik içeriği hakkında bilgilenmesi ve hukuksal yolların öğrenilmesinin ötesinde haberdarlığı konusunda dahi kişilere yeterli güvence ve korumayı sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelediğinden Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı; 35. maddesindeki mülkiyet hakkının korunmasına yeterli ve gerekli güvenceyi sağlamadığı ve 36. maddesindeki hak arama özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandırdığı için Anayasanın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır.*

*Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, dava açma hakkının kullanımına ilişkin kamu düzenini sağlama amacıyla getirilebilecek sınırlamaların, hak arama özgürlüğünün özünü ortadan kaldıracak ve Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olacak şekilde olmaması gerekir.*

*Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuk güvenliği” ilkesidir. Hukuk güvenliği ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*

*Öte yandan, Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.*

*Bu bağlamda yasakoyucu, orman kadastro işlemlerinin ilgililerine tebliğini ve bu tebliğe ilişkin askı süresi ile dava açmada hak düşürücü süreyi düzenlerken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve özgürlüklerin sınırlanmasının ölçüsü olan “ölçülülük ilkesi” ile bağlıdır. Bu ilke “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık” ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.*

*Çok sayıda kişiyi ilgilendiren orman kadastro işlemlerinin tebligatının askı suretiyle ilanının elverişliliğinden söz edilebilirse de orman köylerinin coğrafi, ekonomik, demografik, yerleşme ve sosyolojik özellikleri dikkate alındığında askı süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesinin gerekliliğinden söz edilemez. Yasa koyucunun, orman kadastro işlemlerinin kamu düzeni açısından bir an önce kesinleşmesi ile ilgililerin orman kadastro işlemlerinin sonuçlarından haberdar olmalarını sağlayacak ve hak kaybına uğrayanların yetkili mahkemelerde hak arama yollarını kullanabilmeleri için gerekli hazırlıkları yapmalarına yeterli olacak süreyi, orantılı bir şekilde kararlaştırması gerekir. Bu bağlamda, ilgililere şahsen tebliğ yerine geçen askı süresi ile dava açma süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesini öngören iptali istenen ibareler, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı ve hakkın özünü ortadan kaldırdığı için Anayasa’nın 2. ve 13. maddelerine bu açılardan da aykırıdır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “… otuz gün içinde …” ibaresi ile dördüncü cümlesindeki “… İlan süresi geçtikten sonra …” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*2) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. Maddesi ile 6831 Sayılı Orman Kanunu’nun Ek 9. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki “… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı*

*6831 sayılı Kanun’un ek 9. maddesinde, Devlet ormanları üzerinde 6831 sayılı Kanunun 16., 17. ve 18. maddelerinde belirtilenlere ek olarak izin verilerek kamu yararına yapılabilecek yapı ve tesisler ile bunlardan alınacak bedeller düzenlenmektedir.*

*6831 sayılı Orman Kanununa göre orman sayılan alanlarda verilen izinlerde;*

*(i) Bu alanların ağaçlandırılması için yapılacak giderlerin karşılığı olarak alınan “Ağaçlandırma Bedeli”;*

*(ii) Kamu yararı dışında kar amacı güdülerek yapılacak her türlü tesisin proje toplam bedelinden orman sahasına isabet eden kısmının yüzde ikisi oranında alınan “Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Geliri”;*

*(iii) İznin yasal dayanağına göre, Ormancılık faaliyetinin yapılamaması nedeniyle orman idaresinin mahrum kaldığı her türlü değer karşılığında (md. 17) ya da arazinin orman örtüsü ve bulunduğu bölgenin özelliklerine göre hektar başına tespit edilen miktarda (md. 16 ve18) her yıl alınan “Arazi İzin Bedeli”;*

*Gelirlerinden bir ya da bir kaçı alınmaktadır.*

*6831 sayılı Kanuna göre orman sayılan alanlarda Kanunun ek 9. maddesinin;*

*- Birinci fıkrasına göre, Gençlik ve Spor Bakanlığınca yapılacak spor tesislerinden; ikinci fıkrasına göre, 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun çerçevesinde köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksadı ile verilen izinlerden herhangi bir bedel alınmaması;*

*- Üçüncü fıkrasına göre devlet üniversitelerine eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla verilen izinlerden “Ağaçlandırma Bedeli” ile “Arazi İzin Bedeli”; altıncı fıkrasına göre, demiryolu, otoyol, devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanması için verilen izinlerde “Ağaçlandırma Bedeli” alınması öngörülmüşken;*

*İptali istenen ifadenin yer aldığı beşinci fıkrada ise, erişme kontrolü uygulanan karayollarında, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerinden herhangi bir bedel alınmaması kurallaştırılmıştır.*

*28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun’un 3. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, “Bakım İşletme Tesisi”, “bakım ve işletme gibi yolla ilgili yapı ve tesisleri”; “Hizmet Tesisleri” ise “otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisleri” şeklinde tanımlanmış; 4. maddesinin (a) bendinde erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) yapımı, bakımı ve işletilmesi ile hizmet tesislerinin yapımı, bakımı ve işletmesinde sermaye şirketlerinin görevlendirilebileceği; (b) bendinde ise Karayolları Genel Müdürlüğünce yapılmış ve yapılmakta olan otoyollar üzerindeki hizmet tesislerinin yapımı ve işletmesinin şirketlere yaptırılabileceği belirtilmiştir.*

*Bu kurallara göre, 6831 sayılı Kanuna göre orman sayılan alanlarda yapılan/yapılacak üniversitelerin kamu yararına özgülenmiş eğitim ve araştırma tesisleri ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu’na öğrenci yurtları yapımı için verilen izinlerden “Ağaçlandırma bedeli” ile “Arazi izin bedeli” alınırken; erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisler yapımı ve işletmesi için verilen izinlerden “Ağaçlandırma bedeli”, “Ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri” ve “Arazi izin bedeli”nden hiç biri alınmayacaktır.*

*Anayasa’nın 2. maddesinde sosyal hukuk devleti ilkesine yer verilmiş; 5. maddesinde ise Devlete, kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak görevleri verilmiştir.*

*Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.*

*Yasakoyucu, yasamanın genelliği ilkesi gereğince kendine tanınan takdir yetkisi bağlamında dilediği yasal tasarruflarda bulunabilir. Ancak, Anayasal kurallara, sosyal hukuk devleti ilkelerine ve hukukun temel prensiplerine uymakla yükümlüdür. Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*

*Devletin yerleşim yerleri arasında ulaşımı sağlamak amacıyla yapacağı/yaptıracağı erişme kontrollü karayolu güzergahının orman alanlarından geçmesi durumunda, gerekli izinlerin verilmesi gerekeceğinde kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Hatta, erişme kontrollü karayollarında karayolunun müştemilatı olan bakım işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin yapılabilmesi için karayolu sınır çizgisinin geniş tutularak bakım işletme tesisleri ile hizmet tesislerinin yapılacağı ormanlık alanların iznin kapsamına alınmasında da kamu yararı olduğu söylenebilir.*

*Ancak, üniversitelerin kamu yararına özgülenmiş eğitim ve araştırma tesisleri ile Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu’na öğrenci yurtları yapımı için verilen izinlerden dahi “Ağaçlandırma bedeli” ile “Arazi izin bedeli” alınırken; erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislerin yapımı ve işletilmesi için verilen izinlerden herhangi bir bedel alınmamasının kamu yararıyla bağdaşmamanın yanında adalet ve hakkaniyete de uygun düşmeyeceği açıktır. Bu nedenle iptali istenen ifade, Anayasa’nın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır.*

*Öte yandan, Anayasa’nın 169. maddesinde Devlete, ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaları koyma ve önlemleri alma görevi verilmiş; Devlet ormanlarının zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu oluşturmayacağı kuralı getirilmiştir.*

*Devlete Anayasa ile verilmiş ormanların korunması ve orman alanlarının genişletilmesi görevi, ormanlık alanlarda yapılacak kamu hizmetleri ile kamu yararı amaçlı yatırımların gerektirdiği irtifak hakkına dayalı izin tasarruflarından, izne konu oluşturan hizmet ve yatırımın niteliği ve kamu yararı ile ilişkisine göre “Ağaçlandırma bedeli”, “Ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri” ve “Arazi izin bedeli”nden bir ya da birkaçının alınmasını gerektirmektedir.*

*Çünkü, kamu yararına oluşturulan irtifak hakkına dayalı her izin ormanlık alanların fiilen daralmasıyla sonuçlanmakta; Devlete Anayasa ile verilen ormanlık alanların korunması ve genişletilmesi görevi ise, en azından izne konu oluşturan alana muadil yeni ormanlar yetiştirilmesini gerekli kılmaktadır. Nitekim, bu güne kadar çıkarılan yasal düzenlemelerde bu husus gözetilmiştir. Erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislere ilişkin izinlerden herhangi bir bedel alınmaması, izne konu oluşturan alana muadil ormanlık alanın mali kaynak yokluğu nedeniyle yetiştirilememesi ve dolayısıyla orman alanlarının daralmasıyla sonuçlanacağı için, iptali istenen ifade Anayasa’nın 169. maddesine; ticari kar amaçlı tesisler için izne konu muadil ormanlık alanın, finansmanı vergilerle sağlanan Devlet bütçesi kaynaklarıyla oluşturulması ise adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmayacağı için Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu’nun ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.” ifadesi, Anayasa’nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*3) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8. Maddesi ile 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 84. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkra ile 9. Maddesiyle 2886 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 4. Maddenin Anayasaya Aykırılığı*

*Kamu kurum ve kuruluşlarının her türlü kaynaktan karşıladıkları mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesinde 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu; genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinde ise 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaktadır.*

*2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83. maddesinde ihalelerde yasak fiil ve davranışlar sayıldıktan sonra “İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama” başlıklı 84. maddesinin birinci fıkrasında, 83. maddede belirtilen fiil ve davranışlarda bulundukları anlaşılanlar hakkında bir yıla kadar bütün ihalelere katılma yasağı konulacağı, bu kararın Resmi Gazete’de yayımlanacağı ve müteahhitlik siciline işleneceği kuralları getirilmiş; üçüncü fıkrasında ise aynen, “Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete’de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.” denilmiştir.*

*6527 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrasıyla ise; 2886 sayılı Kanun’un 83. maddesinde belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmeyeceği kurala bağlanırken; 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesinde ise maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 83. maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 84 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden henüz yasaklama kararı verilememiş olanlar hakkında da 84 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir.*

*13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 40., 48. 103. vd. maddelerinde “şube”den söz edilmekle birlikte şubenin tanımı yapılmamış; ekonominin dinamik yapısı ve sürekli bir gelişim içinde olmasından dolayı tanımlama öğreti ile yargı içtihatlarına bırakılmıştır.*

*Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında, üçüncü kişilerle merkez adına hukuki işlemler yapabilme şube olmak için yeterli sayılmaktadır. Buna göre, şubenin ve dolayısıyla şube personelinin üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemlerden ve bu işlemin sonuçlarından merkez sorumludur ve şube personelinin şahsi kusuru merkezin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.*

*Öte yandan ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilciler, 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 547 – 552. maddelerinde düzenlenmiştir.*

*6098 sayılı Kanuna göre ticari temsilci (mümessil), “işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir.” (md. 547/1) ve ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına da bağlı değildir (md. 547/2).*

*Ticari vekil ise “bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir.” (md. 551/1) ve bu yetki işletmenin alışılmış bütün işlerini kapsamaktadır (md. 551/2).*

*Kanun’un 552. maddesinde ise “Diğer tacir yardımcıları” düzenlenmiştir.*

*Bu kurallarda ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilcilerin üçüncü kişilerle, temsil ettikleri tüzel kişi adına yaptıkları hukuki işlemlerden tüzel kişi sorumlu tutulmuş; bunların şahsi kusurlarından kaynaklanan fiil ve davranışları da tüzel kişinin sorumluluğundan istisna tutulmamıştır.*

*2886 sayılı Kanun’un kapsamındaki genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesine merkez adına şube veya tüzel kişinin yetkili temsilcisi ya da ticari vekili veyahut da merkez veya tüzel kişinin yönetim kurulu başkanı girmiş ve tüzel kişi üzerine ihale yapıldıktan sonra yasal süresi içinde sözleşme yapılmamış veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçilmiş ya da mücbir sebepler dışında taahhüt sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemiş ise, tüm bu durumlarda merkez adına hareket eden şubenin personeline veya tüzel kişilik adına hareket eden ticari temsilci ve ticari vekillere izafe edilebilecek herhangi bir kusur söz konusu olamaz.*

*Kusur sorumluluğu ya da sübjektif sorumlulukta sorumluluğun temel unsuru kusurdur ve “kusur olmadan sorumluluk doğmaz” ilkesi geçerlidir. Kusur, sübjektif sorumluluğun kurucu unsurudur. Dolayısıyla sorumluluğun doğabilmesi için zarar, uygun nedensellik ilişkisi ve hukuka aykırılık unsurlarından başka zarar veren kişinin davranışının kusurlu olması da gerekir. Nitekim, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde, “Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.” denilmiştir.*

*Bu bağlamda, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinde, edimin ifası süreci zamana yaygın olmadığı için taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmesi bedelin ödenmemesi dışında söz konusu olamayacağı ve bedelin ödenmemesinin de tüzel kişinin sorumluluğunda olması bir yana, kazanılmış bir ihalede merkez ya da tüzel kişinin bilgisi ve hatta açık ya da örtülü kararı olmaksızın şube personeli veya ticari temsilci ya da ticari vekilin sözleşmeyi imzalamaması veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçmesi (satın alınan veya kiralanan ya da üzerine irtifak hakkı tesis edilen arazinin teslim alınması, tapuya tescili vb. ile bedelin ödenmesi) gibi bir durum hiçbir şekilde söz konusu olamaz.*

*Daha açık ifadeyle satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi durumları, mutlak surette merkezin veya tüzel kişinin yönetim kurulunun almış olduğu kararların yerine getirilmesi bağlamında söz konusu olabilir ve bu durumların gerçekleşmesi halinde şube personeli veya ticari temsilciye ya da ticari vekile herhangi bir şekilde şahsi kusur izafe edilemeyeceğinden, “kusur” tüzel kişiliğe aittir.*

*Kaldı ki her şeye rağmen şahsi kusur izafe edilebileceği ileri sürülse dahi tüm bu kusurlardan yukarıda belirtildiği üzere genel hükümlere göre tüzel kişi sorumludur.*

*İptali istenen kurallarda ise, sadece “Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler” gibi belirli bir firma grubu için, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi; tüzel kişilerin kararı olmaksızın şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurları ile gerçekleşebilecek fiillermiş gibi, “şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan” ifadesinin arkasına sığınılarak ve böylece idarelerin bu derece belirsiz gerekçeye dayanmaları sağlanarak, idarelerce haklarında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği tespit edilen tüzel kişiler hakkında ihale bedelinin üç katı tutarındaki tazminatın peşin olarak ödemesi koşuluyla ihaleden yasaklama kararı verilmemesi kurallaştırılmakta; bu kuralın 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesiyle geçmişe de uygulanması öngörülmektedir.*

*Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında belirtildiği üzere, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuki belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.*

*Öte yandan, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir.*

*Ancak, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalesinden sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesinin sorumluluğu kural olarak şube personeli veya ticari temsilciye ya da ticari vekile izafe edilebilecek şahsi bir kusur olmadığından, idare durumları aynı veya benzer olan tüzel kişilerden, bazılarını iptali istenen düzenlemenin kapsamına alır (ki bu bazıları bu yasanın çıkarılmasının arkasındaki güçtür) ve ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin ödemek kaydıyla ihaleye katılmaktan yasaklama kararının dışında tutarken; bazılarını ise, genel hükümlere dayanıp kusur şube personeli veya ticari temsilci ya da ticari vekilin değil, tüzel kişinindir diyerek maddenin kapsamı dışında tutabilecektir.*

*Oysa ihaleden yasaklama kararı verilmesi doğrudan kamu düzeni ile ilgilidir.*

*Yasakoyucu doğrudan kamu düzeni ile ilgili söz konusu hukuksal belirsizliği gidermek için alt düzenleyici işlemler de öngörmediği için hukuksal belirsizliğin alt hukuksal düzenlemelerle giderilmesi de olanaklı değildir. Bu itibarla hukuki belirsizlik içeren iptali istenen düzenlemeler, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.*

*Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun 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.*

*İptali istenen kurallar sadece, “Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler” için getirilmiştir. Oysa, genel bütçeye dahil dairelerle özel (katma) bütçeli idarelerin ve özel idare ile belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa göre yaptıkları satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işlerinin ihalelerine, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler yanında belirli bir il veya bölge ya da bölgelerde faaliyet gösteren tüzel kişiler ile gerçek kişiler de katılmakta ve bunlar üzerine de ihaleler yapılmaktadır.*

*İptali istenen düzenlemelerin kapsamına sadece Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerin alınıp, diğerlerinin kapsam dışında tutulması, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilere ayrıcalık tanınması sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrası ile 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesi, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*4) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesine eklenen Onbeşinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı:*

*Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkra ile 5651 sayılı Kanunun “Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi” kenar başlıkla 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi”ni düzenleyen 9. maddesi ve “Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi”ni düzenleyen 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceği hükmünü içermektedir.*

*Görüldüğü gibi, anılan düzenleme, erişimin engellenmesi kararı verilmesi ve bunun infazı, içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi ve özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi talebi hakkında karar verilebilmesi konularında yargılama hukuku yönünden yeni bir kural vâzetmekte ve bu hususlarda görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğunu göstermektedir.*

*Mezkûr düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı yönünden kritiğine geçmeden önce, 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve (6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen) 9/A maddelerinde öngörülen düzenlemelerin kısaca gözden geçirilmesinde yarar vardır.*

*5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesi, aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan katalog suçlar bakımından internet ortamında yapılan ve içeriği anılan maddenin yine birinci fıkrasında sayılan katalog suçlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilmesinin usûl ve esaslarını düzenlemektedir. Buna göre, anılan maddede sayılan suçların internet ortamında işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak, soruşturma evresinde hâkim (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı), kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından bu yayınlara erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından erişimin engellenmesine karar verildiği takdirde Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacak ve hâkim de en geç yirmidört saat içinde kararını verecektir. Bu süre içinde erişimin engellenmesi kararının hâkim tarafından onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacaktır.*

*Dava konusu yaptığımız kuralda atıf yapılan diğer bir hüküm ise 5651 sayılı Kanunun 9. maddesidir. “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” kenar başlıklı bu madde ise, internet ortamında yapılan bir yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların öncelikle içerik sağlayıcısına, içerik sağlayıcısına ulaşılamaması hâlinde ise yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkartılmasını isteyebileceği gibi, doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia ettiği yayına erişimin engellenmesini isteyebileceği öngörülmüş ve bu yöntemin usûl ve esasları gösterilmiştir. Görüldüğü gibi, anılan 9. maddenin, 8. maddeden farkı, 8. maddede erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için internet ortamında vukû bulması ve içeriği hakkında 8. madenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan suçların işlendiği hususunda yeterli şüphe sebebi bulunması hâlinde re’sen yargı organının harekete geçerek erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının erişimin engellenmesine karar verebilmesi mümkün iken, 9. maddede ise içeriğe erişimin engellenmesine karar verebilmek için, öncelikle, “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiği”ne dair somut bir iddianın varlığı gerekmektedir.*

*Başka bir deyişle, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişiklikten önceki halinde, erişim engelleme tedbiri tek bir maddede belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, “kişilik haklarının ihlâli” ve “özel yaşamın gizliliğinin ihlâli” halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur. 5651 Sayılı Kanun’un 8’inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk’e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir. Burada sayılanların hepsi Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun’da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişim engelleme kararı; kovuşturma evresinde mahkeme, soruşturma evresinde hakim, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda, savcının kararı, 24 saat içinde hakim onayına sunulur ve onay verilmediği taktirde erişim engelleme derhal kaldırılır. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesindeki düzenlemeye göre yargı (hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı) re’sen harekete geçebilmekte iken, 9. maddede öngörülen düzenleme ile Cumhuriyet savcısının karar mekanizmasında herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır.*

*F5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ise yeni bir düzenleme olup, 6518 sayılı Kanun ile eklenmiştir. Anılan maddeye göre ise, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler, doğrudan Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına müracaat ederek özel hayatının gizliliğinin ihlâli iddiasına konu içeriğin engellenmesi tedbirinin uygulanması talebinde bulunabileceklerdir. Bu yeni maddede yargının (hâkimin) fonksiyonu ise bu talebin uygun olup olmadığına (yâni içeriğin talepte bulunanın gerçekten özel hayatının gizliliğini ihlâl edip etmediğini değerlendirip) karar vermekten ve bu değerlendirmeden sonra vereceği kararı en geç kırksekiz saat içinde açıklamak ve doğrudan Başkanlığa göndermekten ibârettir. 5651 sayılı Kanunun söz konusu 9/A maddesinde de hâkimin, mahkemenin ve Cumhuriyet savcısının ortada bir iddia, bir talep olmaksızın görev gereği (ex officio) harekete geçebilme yetkisi bulunmamaktadır.*

*İşte, dava konusu yaptığımız 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile eklenen onbeşinci fıkrası, öngördüğü düzenlemeden, az yukarıda kısaca söz edilen 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile, 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararlarının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek olan sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceğini öngörmektedir. Başka bir deyişle, bundan böyle 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddesi uyarınca internet ortamında yapılan bir yayın içeriğinin (8. maddede katalog suçların oluştuğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunup bulunmadığını; 9. maddede kişilik haklarının ihlâl edilip edilmediğini; 9/A maddesinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirip) engellenmesine karar verme görev ve yetkisi, birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek olan sulh ceza mahkemeleri tarafından verilecektir.*

*Böyle bir düzenlemeye niye gidildiği, böyle bir düzenlemeye gitmeye neden ihtiyaç duyulduğu konusunda madde gerekçesinde herhangi bir ibâre yoktur. Ancak, bu hükmün ihdasındaki saklı gerekçenin, erişimin engellenmesi kararlarını verecek olan hâkimlerin, 6524 sayılı Kanunla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yapısında ve işleyişinde yapılan son düzenleme ile yürütmeye (Adalet Bakanlığı’na ve dolayısı ile yürütme organına) yakın hâkimlerin vermesini sağlamak olduğunu tahmin edebilmek, hiç de zor değildir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkrasının ihdasındaki asıl gayenin, erişimin engellenmesi taleplerinin yürütme organına yakın hâkimler tarafından değerlendirilmesini ve sonuç olarak verilecek olan kararın yürütme organının (Adalet Bakanı’nın) istediği şekilde ittihâzını sağlamak amacına mâtuf olduğu çok açıktır. Esâsen, getirilen bu düzenleme ile “taraflı” bir yargı yaratılmaktadır ve “tarafsız” ve “bağımsız” olması gereken yargı organına gölge düşürülmektedir. Böylesi bir düzenleme, Anayasa’nın 138. maddesinde somutlaşan “Mahkemelerin bağımsızlığı / bağımsız yargı” ilkesine açıkça aykırıdır. 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi hükmünce, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilebilmesini öngören dava konusu düzenleme, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yürütme organına (Adalet Bakanına) bağımlı yapısı ve işleyişi de nazara alındığında, başlıbaşına, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz niteliktedir.*

*Zirâ, Anayasamızın “Mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine yer veren 138. maddesinin birinci fıkrasında “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.” ifadesine yer verildikten sonra ikinci fıkrasında, “Hiç bir organın, makamın, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı” açık ve kesin bir dille ifade edilmiştir. Oysa, iptalini talep ettiğimiz 15 inci fıkrada erişimin engellenmesine ilişkin hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesi öngörülmektedir. Bu hüküm (aşağıda ayrıntılı biçimde değineceğimiz üzere), Anayasa'nın “Kanunî hâkim güvencesi”ni hükme bağlayan 37. maddesi ile “Mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesini benimseyen 138. maddesinin yukarıda değinilen buyurucu hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmesinin yanında, yine Anayasa'nın “Hâkimlik ve savcılık mesleği” kenar başlıklı 140. maddesi hükmünü de ihlâl etmektedir. Çünkü, Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrası, “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.” hükmünü âmirdir. Halbuki, iptalini talep ettiğimiz Kural, birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde erişim engelleme kararının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesini öngörmekle, az yukarıda değinildiği gibi, ülkemizde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yürütmeye (Adalet Bakanı’na) zaman zaman bağımlı hale getirilmek istenen yapısı ve işleyişi de nazara alındığında, böylesi bir görevlendirmenin, Anayasa'nın 140. maddesinde ifadesini bulan “Hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ... esaslarına göre görev ifa edeceklerine” dair hükmüne de aykırılık teşkil edeceği ortadadır.*

*Kanaatimizce, getirilen bu düzenleme, aynı zamanda, erişimin engellenmesi kararlarının verilmesi ve buna ilişkin iddiaların değerlendirilmesi konusunda bir alamda “özel yetkili mahkeme”ler ihdâs etmektedir. Oysa, bilindiği gibi, 6526 sayılı Kanunla Türk Yargı Sisteminde “Özel Yetkili Mahkemeler” kaldırılmış olmakla, artık bu mahkemelerin hukuk düzenimizde yeri yoktur. Buna rağmen, dava konusu kural ile, âdetâ, 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddeleri ile bir nev’î yeni “Özel Yetkili Mahkemeler” kurulmaya ve hayata geçirilmeye çalışılmaktadır. Yakın bir geçmişte, 6526 sayılı Kanunla Özel Yetkili Mahkemelerin görevlerine son verilirken, şimdi, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkrasıyla -az yukarıda açıklandığı veçhile- bir anlamda yeni özel yetkili mahkemeler vücûda getirilmesi, kanaatimizce, tam bir çelişki mâhiyetindedir. Başka bir değişle, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile getirilen düzenlemede, bir yandan, “erişim engelleme”ye ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabiî hâkim ilkesinden vazgeçilip, bu yetkiyi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmekle, bir nev’i özel yetkili mahkeme ihdas edilmekte, bir yandan da 6526 sayılı Kanunun 1. maddesi ile mevcut özel yetkili mahkemeler kaldırılmaktadır. Bu nedenle, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen düzenleme ile, ceza yargılaması konusunda “tabiî hâkim” ilkesi açısından çelişkiye düşülmektedir.*

*Böylesi bir çelişki, aynı zamanda, Anayasa’nın 37. maddesinde ifadesini bulan “Kanunî hâkim” ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibariyle, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) “Özgürlük Hâkimi”dir. Şimdi, bu kuraldan dönülmekte; 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddelerine göre erişimin engellenmesine karar verme görev ve yetkisi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmektedir. Anılan maddede öngörülen erişim engelleme kararı verme yetkisinin “tabiî hâkim” den alınarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmesi, ceza yargılaması hukuku ve tabiî hâkim ilkesi açısından çok önemli bir handikaptır. Zirâ, kişilik haklarının ya da özel hayatın gizliliğinin ihlâli iddiasına konu bir yayında bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.*

*Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adlî kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, erişim engelleme kararı bakımından karar merciinin kendi doğal hâkimi (sulh ceza mahkemesi) dışında birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemesi olarak öngörülmesi, Anayasamızın “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi”ne ayrılık oluşturacaktır.*

*Bu cümleden olarak, “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, “Tabiî mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabiî mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabiî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de “tabiî hâkim” denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996, sh.129). Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabiî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu “olağanüstü (istisnaî) mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*“Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi” yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa’nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kastedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir.” (KUNTER, a.g.e., sh.130).*

*Anayasamız, “Tabiî hâkim” ilkesini “Kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:*

*“Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

*Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”*

*Görüldüğü gibi, maddede “Tabiî hâkim” veya “tabiî mahkeme” ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa’nın 37. maddesinde “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin, aslında “tabiî hâkim ilkesi” olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).*

*“Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)” ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6527 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 15 inci fıkrasında yer alan düzenlemenin (yâni, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesine ilişkin düzenlemenin) Anayasa’nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.*

*Zira, görüldüğü gibi, Anayasa’nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, “kurulma”dan kasdedilen şeyin, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi” olduğunu az yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı “Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun”un 9. maddesine göre sulh ceza mahkemeleri, “tek hâkimli” mahkemelerdir ve her il merkezi ile bölgelerin coğrafî durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur. Oysa, şimdi, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkra ile getirilen düzenlemede 8. maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verileceğinin öngörülmesi, sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdâhale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.*

*Nihâyet, “Mahkemelerin bağımsızlığı”, “Hâkimlik teminatı” ve “Kanunî (tabiî) hâkim” ilkelerini ihlâl eden bir düzenlemenin, Anayasamızın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen “Kuvvetler ayrılığı” prensibine de aykırılık teşkil etmesi kaçınılmazdır. Zirâ, “tabiî hâkim” ilkesinin ihlâli sonucunda erişimin engellenmesi kararını verecek olan hâkimlerin, yürütme organının her an tesiri altında kalma riski bulunan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmesi “Mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine gölge düşürür. Mahkemeleri “bağımsız” olmayan bir yargı erkinin ise yasama ve yürütme erklerinden “ayrı” ve “müstakil” bir erk olarak kabûlü mümkün değildir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesi, “başlangıçta belirtilen temel ilkeler”e bağlı olduğuna ve “kuvvetler ayrılığı” prensibine de “başlangıçta belirtilen temel ilkeler” arasında yer verildiğine göre, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesi ile bu maddede atıf yapılan Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.*

*Bu itibarla, 6527 sayılı Kanunun 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkra ile getirilen dava konusu düzenleme, Anayasa’nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.*

*5) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 18. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9/A maddesine eklenen Dokuzuncu fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı:*

*(5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası hakkındaki iptal gerekçemize geçmeden önce, Kanunun 9/A maddesi getirilen düzenlemeyi ana hatlarıyla (genel olarak) değerlendirmek istiyoruz).*

*6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde “Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” müessesesi düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi, özel hayatın gizliliğinin ihlâli nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren kişinin doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na (TİB’e), erişimin engellenmesi talebiyle başvurabileceği, TİB’in de başvuruda şekil yönünden eksiklik bulunmayan hallerde, otomatik olarak erişim engelleme kararı vereceği ve bu kararı dört saat içinde yerine getirilmek üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne göndereceği bir usûlü öngörmektedir. Bu tedbirin devamlılığı, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkimine başvuru ve sulh ceza hâkiminin onayı şartına bağlanmıştır.*

*Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâlinde, “erişimin engellenmesi” tedbiri, tek bir maddede (5651 sayılı Kanun, madde:8) belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, “kişilik haklarının ihlâli” ile “özel yaşamın gizliliğinin ihlâli” halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur.*

*5651 Sayılı Kanun’un 8’inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk’e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir. Burada sayılan suçların her biri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun’da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, anılan 8. madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda ise, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur ve hâkim tarafından onay verilmediği taktirde erişim engelleme tedbiri derhâl kaldırılır.*

*5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişikliklerle birlikte; “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” kenar başlıklı 9. madde ile kişilik haklarının ihlâli halinde erişim engelleme ve içeriğin yayından çıkarılması prosedürü öngörülmüşken, “Özel Hayatın Gizliliği Nedeniyle İçeriğe Erişimin Engellenmesi” başlıklı 9/A maddesi ile de, erişim engellemelerde doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nı (TİB) ve TİB Başkanı’nı yetkili kılan bir süreç getirilmiştir.*

*Aynı maddenin ilk düzenlemesi ile (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılan değişiklikten önce), gecikmesinde sakınca bulunan haller için “… doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir” şeklinde bir düzenleme getirilmiş idi. Görüldüğü üzere, erişim engelleme tedbirinin devamlılığı için sulh ceza hâkiminin onayını alma zorunluluğu, tedbirin TİB başkanının emri üzerine alındığı durumlara özgü olmak üzere kaldırılmış bulunuyordu. Her ne kadar, “Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir” ibâresi, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile, “Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.” biçiminde değiştirilmişse de, değiştirilen ifadede, hâkimin onayına sunulmaması halinde engelleme kararının doğrudan kalkmış sayılacağına ilişkin bir ifade olmaması, yine bir eksikliktir ve -kanaatimizce- maddenin öngördüğü düzenlemeyi bir bütün olarak sakatlamaktadır.*

*Nihâyet, 5651 Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin ortaya çıkardığı diğer bir hukukî sorun da “özel hayatın gizliliğini ihlâl” kavramına ilişkindir. Anılan maddede, diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa herhangi bir atıf yapılmamış olması ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlâli olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesi, subjektif bir kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Unutulmamalıdır ki, yeni düzenlemeye göre, “özel hayatın gizliliğinin” ihlâline ilişkin bir mağduriyet iddiası, herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan, süreci re’sen başlatacaktır. Bu nedenle, düzenlemedeki muğlâklık, kabûl edilebilir nitelikte değildir.*

*5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen 9/A maddesi hakkında buraya kadar yapmış olduğumuz genel değerlendirmeden sonra, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrasında öngörülen düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine gelince:*

*Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası dışında kalan birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa’ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçeleri, 6518 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin Anayasa’ya aykırılıkları nedeniyle Yüksek Mahkemenize daha önce sunduğumuz 17.4.2014 tarihli iptal dava dilekçemizde tafsilâtlı bir biçimde açıklanmıştı. Aynı zamanda, mezkûr dava dilekçemizde, “anılan maddeye 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile ilgili olarak Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde herhangi bir iptal talebine ve gerekçeye yer verilmediği; bu fıkraya ilişkin iptal talebimiz ile bu talebimize esas teşkil edecek gerekçe yazımının, 6527 sayılı Kanuna karşı Yüksek Mahkemenizde bilâhare ve süresinde yapacağımız iptal başvurusu sırasında belirtilmek üzere, tarafımızdan şimdilik saklı tutulduğu” dile getirilmişti. İşte, işbu dava dilekçemiz ile, bu bapta, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine eklenen dokuzuncu fıkrası hakkında Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerine yer verilmiştir.*

*Dava konusu kuralın Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine geçmeden önce, getirdiği düzenlemenin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından diğer fıkralarının da değerlendirilmesi ve buna göre her birinin Anayasa’ya aykırılık gerekçelerinin (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkrası hakkında iptal talebinde bulunduğumuz işbu dava dilekçemizde de) ayrı ayrı tartışılması gerekmektedir. Bu tartışmaya ilişkin görüşlerimiz ile (az yukarıda değindiğimiz gibi), 6518 sayılı Kanunun 94. maddesinin 5651 sayılı Kanuna getirdiği 9/A maddesinin daha önce 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde iptali istenen birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa’ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçeleri, anılan dava dilekçemizde belirtilmişti. Ancak, işbu dava ile iptalini talep ettiğimiz 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrasının, aynı maddenin sekizinci fıkrası ile doğrudan bağlantısı bulunduğundan, daha önce Yüksek Mahkemenize sunulan 17.4.2014 tarihli dilekçemizde 6518 sayılı Kanunun 94. maddesinin 5651 sayılı Kanuna getirdiği 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkındaki Anayasa’ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçelerini, -Yüksek Mahkemenin hoşgörüsüne sığınarak- burada da aynen tekrarlamak istiyoruz.*

*6518 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin iptali talebiyle daha önce Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de belirttiğimiz gibi;*

*5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin birinci fıkrasında internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı / TİB) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği hükme bağlanmaktadır. Böylece, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler doğrudan TİB’e başvurarak Başkanlıktan içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceklerdir.*

*Kişilerin doğrudan TİB’e yapabilecekleri bu talebe karşı TİB’in ne yapacağı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş ve buna göre Başkanlığın, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) bildireceği, erişim sağlayıcılarının da bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği öngörülmüştür.*

*Bu aşamadan sonra düzenlemenin nasıl işleyeceği hususu ise maddenin beşinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar denilmiştir.*

*Şu hâlde, özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden bir kişi, erişimin engellenmesi tedbiri uygulanması için önce doğrudan Başkanlığa müracaat edecek, daha sonra ise Başkanlığa yaptığı bu talebini yirmidört saat içerisinde sulh ceza mahkemesinin onayına sunacaktır. Sulh ceza hâkimi ise bu talebe karşı iki türlü karar verebilecektir; ya kişinin talebini uygun görüp, daha önce Başkanlık tarafından ilgili içeriğe konulan erişimin engellenmesi tedbirini onaylayacak ve kararını doğrudan Başkanlığa gönderecek ya da talebi uygun görmeyip reddedecek ve böylece daha önce Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararı kendiliğinden kalkmış olacaktır.*

*6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil- hiç kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiştir. Dolayısı ile bu düzenleme (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz gibi), Anayasa’nın 36. maddesinde ifadesini bulan “Hak arama hürriyeti”nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.*

*Dahası, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise, Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir denilmekle, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına (onay verilmemesine) ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterilmiş, ancak itirazda bulunma hakkı sadece Başkanlığa tanınmıştır. Oysa, özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, asıl özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamıştır. Hukuk yaratma ve kanun yapma tekniği adına tam bir garâbet olan bu düzenleme (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirtildiği gibi), hiç kuşkusuz, Anayasa’nın 36. maddesinde ifadesini bulan “Hak arama hürriyeti”ni açık bir biçimde ihlâl etmektedir.*

*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 imkanının 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, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile getirilen düzenlemede, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla ve özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, esâsen, özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamakla Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, gerek Başkanlık ve gerekse kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede Başkanlığın işlem ve kararlarına veya sulh ceza hâkiminin kararlarına karşı ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz üzere), 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi, Anayasa’nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.*

*İşbu dava dilekçemizde dava konusu yapılan 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrasının doğrudan bağlantılı bulunduğu aynı maddenin sekizinci fıkrasında yer alan “Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır“ biçimindeki düzenleme ise tam bir “sansür” hükmüdür ve Telekomünikasyon İletişim Başkanına doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanı erişimi doğrudan engelleyebilecektir. Dahası, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi dahî bulunmaksızın TİB Başkanı, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına re’sen hükmedebilecektir. Söz gelimi, bir bakan hakkında herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın, yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan) sekizinci fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak hemen ve re’sen ilgili siteyi kapatabilecektir. Böylesi bir düzenlemenin, daha önce Türk hukukunda eşi ve benzeri görülmemiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle eklenen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın doğrudan TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmasına olanak sağlayan yeni düzenleme -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- “hukuk devleti” ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa’nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.*

*Şüphesiz, Kanunun 9/A maddesinin (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan) sekizinci fıkrası ile TİB Başkanına böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, özel hayatın gizliliğinin ihlâli olasılığına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunduğu hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınması, Anayasa’nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan “İfade hürriyeti”nin; 22. maddesinde yer alan “Haberleşme hürriyeti”nin ve yine Anayasa’nın 28. maddesinde düzenlenen “Basın hürriyeti”nin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli çok yeni bir Kararında, “Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.” demek suretiyle ifade özgürlüğünün önem ve değerine işâret etmiştir.*

*Zirâ (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz gibi), 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 paylaşıma sunmaktadır. Dahası, böylece, 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. Zirâ, anılan Anayasa kuralında Temel hak ve hürriyetlerin … ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa (işbu dava dilekçemizin konusu olan ve 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantılı bulunan), 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan “ifade hürriyetine” doğrudan müdâhale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir.*

*Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi, yirmidört saat içinde hâkim onay vermediği sürece kalkacak bir erişim engelleme tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası TİB Başkanı’nın emri üzerine verilmiş erişim engelleme kararlarının doğrudan idare tarafından verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 9/A maddesi, “özel hayatın gizliliğinin ihlâli” durumu için öngörülmüş süreçten daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hallerde (katalog suçlarda) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş özel hayatın gizliliğinin ihlâli halinde öngörülen düzenlemenin kısıtlamaya yönelik hızlandırılmış bir süreç olması, ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla (daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde de belirttiğimiz gibi), 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme, Anayasa’nın hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Dava konusu dokuzuncu fıkra hükmü ile, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması hükmünün getirilmesi, yine daha önce 5651 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yapılan ve Anayasa’ya aykırılığı iddia olunan sekizinci fıkrada öngörülen düzenlemeyi Anayasa’ya uygun hâle getirmemektedir.*

*5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ile doğrudan TİB Başkanına erişime engelleme emri verebilme yetkisi vermesi nedeniyle ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin en çok ihlâle mâruz kaldığı fıkranın sekizinci fıkra olduğu gözükse de, söz konusu temel hak ve hürriyetlere vâki ihlâllerin, aynı maddenin TİB Başkanlığına kişilerin müracaatı üzerine içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması kararı verme yetkisi tanıyan 9/A maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de geçerli olduğu açıktır. Zirâ, 9/A maddesinin söz konusu birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da açık bir biçimde (bu kez, gecikmesinde sakınca bulunmayan hâller söz konusu olduğunda) yine kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişim engellenmesi tedbirine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısı ile, daha önce 6518 sayılı Kanunun ilgili maddelerinin iptali talebiyle Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçeleri, anılan maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de aynen geçerlidir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin (özellikle birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları olmak üzere) tamamı Anayasa’nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine açıkça aykırıdır.*

*Kuşkusuz, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine eklenen 9/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrasına da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkranın da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırılığı sonucunu doğurmaktadır.*

*Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (9) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin (daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız) ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları ile (işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız) dokuzuncu fıkrası için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra eklenen 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında -âdetâ- “organik” bir bağ mevcuttur. 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesine bilâhare 6527 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen dokuzuncu fıkrası olmaksızın aynı maddenin sekizinci fıkrası başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, sekizinci fıkranın varlığı söz konusu olmaksızın, 9/A maddesinin dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrası başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi hakkında serdettiğimiz bütün iptal gerekçeleri, anılan maddenin tamamına şâmil olmakla (daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde) iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkra hükümleri hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin daha önce 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için olduğu kadar işbu dava dilekçemizde dava konusu yaptığımız (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesine 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen) dokuzuncu fıkra hükmü için de aynen geçerlidir.*

# *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 âmirdir:*

*“Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün 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 İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”*

*Dava konusu yapılan ve daha önce Yüksek Mahkemeye sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizin konusu olan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, işbu dava dilekçemizin bu bölümünde Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri açıklanan 94. maddesi hükümleri ie özellikle anılan maddenin sekizinci fıkrası hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin dokuzuncu fıkrası hükmünün de uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin daha önce Yüksek Mahkemenize sunduğumuz 17.4.2014 tarihli dava dilekçemizde iptalini talep ettiğimiz sekizinci fıkrasının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin -işbu davanın konusu olan- dokuzuncu fıkrasının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir.*

*6) 6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. Maddesinin Dokuzuncu Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*A) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı*

*21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin, Anayasanın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğundan iptali; bunlar iptal edildiğinde kalan 3., 7., 8., 9., 11., 12., 14. 15., 26. ve geçici 1. maddelerinin uygulama olanağı kalmayacağından 6216 sayılı Kanunun 43 ncü maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki kurallara göre iptal edilmesi gerekeceği istemiyle iptal davası açılmış; dava Yüksek Mahkemenizde E. 2013/50 sayısını almış ve henüz esastan görüşülmemiştir.*

*Dava Dilekçesi ile Ek Dava Dilekçesinde de belirtildiği üzere devletin varlık nedenlerinden biri olan ve kamu hizmeti olduğu tartışılmayan sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle ve kamucu anlayışla üretilmesinden, 6428 sayılı Kanun ile vaz geçilerek, gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmiştir.*

*Dava ve Ek Dava Dilekçelerinde de vurgulandığı üzere, Anayasal ve yasal kurallara göre “Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde veya yeterli gelmez ise kendi borçlanarak kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile “Yap-Kirala-Devret Modeli” kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca (yüklenicinin koyduğu finansmanın ana para ve faizi, kullanılan kredilerin ana para ve faizi, finansman giderleri, enflasyon ve kur riski ile bunların toplamına eklenen karı da kapsayan) kullanım bedeli, (karı da içeren) hizmet bedeli ve garanti ve borç üstleniminin risk primleri dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluk iken, Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuş” ve yasalaşmıştır.*

*Dava ve Ek Dava Dilekçelerinde, Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesi örneğine de yer verilerek; “Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL’si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen “Yap-Kirala-Devret” modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen “Ön fizibilite raporu”nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da “Karşı Oy”da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır.” denilmişti.*

*6527 sayılı Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasındaki iptali istenen düzenlemeler, 6428 sayılı Kanun’un iptali için Dava Dilekçesi ile Ek Dava Dilekçesinde belirtilen bütün husus ve gerekçelerin doğruluğunu bir kez daha ortaya koymuştur.*

*6527 sayılı Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla;*

*“Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.” kuralları getirilerek; gerekli ve yeterli hazırlıklar yapılmadan ön fizibilite raporu ve ön projeye dayanılarak ihale edilen yapım işlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerinin imzalanmasından sonra yasa ile sözleşmelerde kamu aleyhine sonuç doğuracak değişiklikler yapılmasını öngören düzenlemeler yapılmaktadır.*

*Değişiklik yapılmasının gerekçeleri ise 6428 sayılı Kanun kapsamında ne anlama geldikleri ve içinde nelerin yer aldığı hukuken belirsiz olan “Mücbir sebepler, olağanüstü hâller” gibi kapsamı belirsiz genel ifadelerin ötesinde, “sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi” gibi taraflar arasında imzalanmış sözleşme hükümlerini ortadan kaldırarak sözleşme ve eklerine yeni hükümler koymaya varan açık hukuksuzluklara taşınmaktadır.*

*Bu düzenlemelerle, ihale edilerek sözleşmeye bağlanmış işlerde, edimin ifası (sözleşmenin yürütümü) aşamasında mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde, sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilecek ve böylece sözleşme bedeli aynı kalmakla birlikte sözleşme kapsamındaki işlerden bazıları sözleşme kapsamından çıkarılarak ifasından vaz geçilebilecek; sözleşmenin yapım işleri kısımlarının ise mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bu defa sözleşme bedeli, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleme suretiyle artırılacak ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılacaktır.*

*Daha açık bir ifadeyle sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetleri, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydası, gelecek hükümetlerin 30 yılını bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesi teknik gerekçeleriyle ortaya konulmadan, ihale için gerekli ve yeterli hazırlıklar yapılmadan, maliyet-fayda, maliyet yarar analizlerine ve projelerine dayandırılmadan, ön proje ve ön fizibilite raporuna dayalı bir belirsizlik içinde ihaleye çıkarılan işlerin, istekliler arasında ihalesi yapılıp sözleşmesi imzalandıktan sonra, hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vaz geçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirilmesini öngören yasal düzenlemeler yapılmaktadır.*

*B) Anayasaya Aykırılık Sorunu*

*6428 sayılı Kanunla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlara dayalı olarak ihale edilmesi ve kamu-özel işbirliği modeli çerçevesinde özel hukuk hükümlerine göre yaptırılması düzenlenmektedir.*

*Kanun kapsamındaki tesislerin yapımı ile hizmet alımı ihalelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun ve buna bağlı 11.6.2011 tarihli ve 27961 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 26.4.2011 tarihli ve 2011/1807 sayılı BKK ile yürürlüğe konulan “3996 Sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar”a tabi olmamasının meşruiyeti kamu-özel işbirliği modeline göre yaptırılmalarına dayandırılmıştır.*

*Ancak, meşruiyeti nereden sağlanırsa sağlansın tesislerin yapılması ve hizmetlerin temin edilmesi nihayetinde ihaleye bağlanmış ve ihale sonucunda özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme düzenlenmesi öngörülmüştür.*

*Dolayısıyla edimin ifası sürecinde doğrudan veya dolaylı olarak sözleşme bedelini etkileyecek “mücbir sebep” ve “olağanüstü haller”in neler olduğunun 6428 sayılı Kanun’da düzenlenmiş olması ve ihale öncesi düzenlenen idari ve teknik şartnameler ile ihale sonrası düzenlenen sözleşmelerde açıkça ve tek tek yer alması temel bir zorunluluktur.*

*5.1.2002 tarihli Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Mücbir sebepler” başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasında, mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller; doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller olarak “olağanüstü halleri” de kapsayacak şekilde belirlenmiş ve Kanunda ayrıca “olağanüstü haller”e yer verilmemiştir.*

*Aynı maddenin ikinci fıkrasında “mücbir sebepler”e, sözleşmenin bedelinde doğrudan veya bir kısım imalatların yapımının sözleşme kapsamından çıkarılması gibi dolaylı yollarla değişiklik yapılması gibi parasal sonuç doğuran bir mali işlev yüklenmemiş; “mücbir sebep”, edimin ifasını geciktiren veya engelleyen durum olduğundan, sözleşme süresinin uzatılması ya da sözleşmenin feshi nedeni olarak öngörülmüş; ayrıca mücbir sebep hallerinin idare tarafından mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi, yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli kaldırmaya gücünün yetmemiş olması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihten itibaren idareye başvurulmuş olması gibi şartlara bağlanmıştır.*

*Aynı Kanun’un 15. maddesinde ise sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı kurallaştırılmıştır. Sadece sözleşmenin, işin yapılma veya teslim yerinde ve ayrıca işin süresinden önce yapılması veya teslim edilmesi kaydıyla işin süresi ve bu süreye uygun olarak ödeme planında değişiklik yapılabilmesi öngörülmüştür.*

*Öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa göre sözleşmeye bağlanan yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasların belirlendiği “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin “Yüklenicinin kusuru dışındaki hasar ve zararlar” başlıklı 26. maddesi;*

*“(1) Olağanüstü haller ve doğal afetlerin işyerlerinde ve yapılan işlerde meydana getireceği hasar ve zararlar ile sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan yüklenici, bu hasar ve zararlar için idareden hiç bir bedel isteyemez. Ancak bu hasar ve zararlardan meydana gelecek gecikmeler için yükleniciye gerekli ek süre verilir.*

*(2) Savaş, yurt içinde seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya bir nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyonlar ve bunlar için alınan önlemler sonucunda meydana gelecek riskler gibi sigortalanması mümkün olmayan riskler ile idarenin işlerin tamamlanmış kısımlarını teslim alarak kullanmasından dolayı bu kısımlardan doğacak riskler idareye aittir.”*

*Şeklinde kurallaştırılmıştır.*

*Oysa, iptali istenen düzenlemelerde, “mücbir sebepler”in yanına “olağanüstü haller” de eklenip “mücbir sebepler ve olağanüstü haller”in neler olduğu açık ve tartışmadan uzak bir kesinlikte belirtilmeksizin ve sözleşmelerde de yer verilmeksizin, gerçekleşmesi halinde dahi işin süresi içinde ifa edilememesine veya hiç yapılamamasına neden olabilecek “mücbir sebepler ile olağanüstü haller”e ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra doğrudan veya dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirme işlevi yüklenmektedir.*

*Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına göre, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuki belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, kişilerin hukuk güvenliği yanında, idarede istikrarı da sağlar.*

*İhalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra doğrudan veya dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirme işlevi yüklenen “mücbir sebepler ile olağanüstü haller”in kamu-özel işbirliği modeli kapsamında yapılacak tesisler ile hizmet alımlarında neler olduklarının açık ve tartışmadan uzak bir şekilde belirlenmemiş olması “hukuki belirlilik” ilkesiyle bağdaşmadığı; bu belirsizlikten dolayı doğrudan ve dolaylı yollarla sözleşme bedelini değiştirmeye kadar uzanan idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı; yükleniciler açısından anlaşılabilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmadıkları ve dolayısıyla uygulanmaları halinde tereddüt ve belirsizliklere yol açacağı için iptali istenen maddenin birinci ve ikinci cümlelerinde geçen “mücbir sebepler” ve “olağanüstü haller” ibareleri Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.*

*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde, Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen temel ve evrensel ilkelerine de uygun davranılması gerekir.*

*Hukukun temel ilkeleri arasında “sözleşmeye bağlılık ilkesi” yer almaktadır.*

*Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre (YHGK’nun 3.2.1998 gün ve E.1987/11-411 K.1988/66,1.7.1992 gün ve E.1992/13-360 K.1992/425, 26.2.1997 gün ve E.96/679, K.96/119 sayılı kararları ile Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 21.11.1991 gün ve E.1991/8374, K. 1991/10619, 6.4.1995 gün ve E.1995/154 K.1995/3339 sayılı vd. kararlar), hukukun temel ilkelerinden olan sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa – Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkelerinin hukukumuzda da kabul edildiği belirtilmiştir.*

*Yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere, bu ilkelere göre sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Başka bir deyişle, sözleşme koşulları borçlu için sonradan* *ağırlaşmış, edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeni ile değişmiş olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Bu bağlamda sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır. Sözleşmeler durumun değişmeyeceği şartlar altında yapılmaktadır.*

*Bununla birlikte bu ilke özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulur ise sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelebilmekte ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratabilmektedir. Hukukta bu zıtlık; (Clausula Rebüs Sio Stantibus - Beklenmeyen hal şartı) sözleşmenin değişen şartlara uydurulması ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşme yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse taraflar artık o akitle bağlı tutulamazlar. Değişen bu koşullar karşısında Medeni Kanun’un 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi gereği ortay çıkar. Sözleşmenin edimler arasındaki dengeyi bozan olağanüstü halleri, harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi; sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir. Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda “İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre, alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar.*

*Yargıtay kararlarında, “İşlem Temelinin Çökmesi” durumunda sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama yetkisinin yasa koyucuya değil, uyuşmazlığa bakan hakime ait olduğu da vurgulanmıştır.*

*İptali istenen düzenlemelerde, “mücbir sebepler” ve “olağanüstü haller”e ek olarak “sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması” ile “sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi” de sözleşme bedelini doğrudan veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesi yapılmıştır.*

*Böylece, ihalenin yapılması ve sözleşmenin imzalanmasından sonra bedelin doğrudan ve dolaylı şekilde değiştirilmesi, Yargıtay içtihatlarında belirtilen savaş, ekonomik kriz ve ulusal parayla yapılan ihalelerde ulusal paranın aşırı değer kaybetmesi gibi sözleşmenin yapıldığı sırada beklenmeyen olağanüstülüklere ek olarak her türlü olağan durumları da kapsayacak ve hatta sözleşme bedeli aynı kalmakla birlikte sözleşme kapsamındaki bazı imalat ve işlerin yapılmasından vazgeçilmesini ve hatta projede her türlü değişikliğe gidilmesini sağlayacak şekilde “sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması” ifadesiyle gerekçelendirilmiştir.*

*Ancak, 6428 sayılı Kanun’un “Bedel” başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Dönem sonunda Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen dönemsel Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranında kullanım bedeli artışı yapılır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır.” denilerek, yüklenicinin ekonomik kriz dönemleri yanında olağan seyrindeki enflasyon ve kur riskleri bir bütün olarak sıfırlanmıştır. Bu bağlamda, Yargıtay içtihatlarında “işlem temelinin çökmesi” nedeniyle “sözleşmeye bağlılık ilkesi”ne istisna oluşturan ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi ekonomik olağanüstülüklerin maliyeti, Kanun’un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereği karşılanacağından; “sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması” ifadesinden geriye “işlem temelinin çökmesi” dışında ileri sürülebilecek her türlü afaki durum kalmaktadır ki bunların hukukun temel ilkeleri arasında yer alan “sözleşmeye bağlılık ilkesi”ni ortadan kaldırmayacağı her türlü tartışmanın dışındadır.*

*İptali istenen düzenlemede, “sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi” de sözleşme bedelinin sonradan doğrudan veya dolaylı artırılmasına gerekçe yapılmıştır.*

*Sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi halinde itilafı çözecek olan bağımsız ve tarafsız yargıdır. Nitekim; 6428 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (11) numaralı fıkrasında, “Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye’de görülmesi kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.” kuralına yer verilmiştir.*

*Sözleşme bedelinin doğrudan değiştirilmesinin bir başka nedeni de maddede “yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler” olarak ortaya konmuştur. İhale edilerek sözleşmeye bağlanmış yapım işlerinde, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler, Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 26. maddesinde belirtildiği üzere birincisi, olağanüstü haller ile doğal afetlerin işyerinde ve yapılan iş ve imalatlarda meydana getireceği hasar ve zararlardır ki bunlar sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan, bunlardan dolayı sözleşme bedelinde artırım yapılamaz; ikincisi ise sigorta kapsamında bulunmayan savaş, seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyon nedeniyle işyeri ve imalatlarda meydana gelecek hasarlar ile bunlar için alınan önlemler nedeniyle oluşacak zararlardır ki, bunlar sözleşme bedelinin artırılmasını değil; bunlar nedeniyle oluşacak zarar, ziyan ve masrafların hesaplanarak yükleniciye ayrıca ödenmesini gerektirmektedir.*

*Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere;*

*Deprem, sel baskını vb. doğal afetler ile kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve ihaleyi açam kurumca belirlenecek diğer mücbir sebepler ile olağanüstü hallerin ihale hukuku ve yapım işleri mevzuatında, sözleşme bedelinin doğrudan veya dolaylı olarak artırılmasına değil de sözleşmenin süresi içinde veya hiç ifa edilememesine yol açan durumlar olması ve bu nitelikleriyle de süre uzatımı verilmesi ile sözleşmenin feshine gerekçe oluşturması;*

*“Sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması” kapsamında değerlendirilecek ve bu yanıyla da “işlem temelinin çökmesi” nedeniyle “sözleşmeye bağlılık ilkesi”ne istisna oluşturabilecek ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi ekonomik olağanüstülüklerden ve hatta olağan seyrinden kaynaklanacak enflasyon ve kur riskinin Kanun’un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince zaten karşılanıyor olması;*

*“Sözleşme ve eklerindeki hükümlerin itilaf içermesi” halinde itilafı çözecek olanın bağımsız ve tarafsız yargı olduğunun 6428 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (11) numaralı fıkrasında kurallaştırılmış olması;*

*“Yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebepler” den olağanüstü haller ile doğal afetlerin işyerinde ve yapılan iş ve imalatlarda meydana getireceği hasar ve zararlar sigortalanabilir riskler (all risk) sigorta kapsamında bulunduğundan, bunlardan dolayı sözleşme bedelinde artırım yapılamayacağı; sigorta kapsamında bulunmayan savaş, seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyon nedeniyle işyeri ve imalatlarda meydana gelecek hasarlar ile bunlara karşı alınan önlemler nedeniyle oluşacak zarar, ziyan ve masrafların bedeli ise hesaplanarak yükleniciye sözleşme bedelinden ayrıca ödenecek olması;*

*Nedenleriyle, ihale yapılıp sözleşme imzalandıktan sonra doğrudan ve dolaylı olarak sözleşme bedelinin artırılmasını öngören, “Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır.” kuralları; hukukun temel ilkeleri arasında yer alan “sözleşmeye bağlılık ilkesi” ile bağdaşmadığından, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

*Anayasa Mahkemesi’nin 18.6.2013 günlü ve E. 2012/18, K.2013/80 sayılı kararında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu’nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel bulunmamaktadır. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu’nda öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.*

*Anayasa Mahkemesi’nin 22.6.1972 günlü ve E. 1972/14, K. 1972/34 sayılı kararından bu yana içtihat haline gelen kararlarına göre, “Hukuk devleti ilkesi”nin öğeleri arasında “yasaların kamu yararına dayanması” ilkesi yer almaktadır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır.*

*Sağlık hizmetleri sunumunun değişik yöntemlere göre alternatif maliyetleri, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydası, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesi teknik gerekçeleriyle ortaya konulmadan, yapım işleri ile hizmet alımı işlerinin ihaleleri için gerekli ve yeterli hazırlıklar ile maliyet-fayda, maliyet yarar analizleri yapılmadan ve ihale konusu yapım işleri projelerine dayandırılmadan, ön proje ve ön fizibilite raporuna dayalı bir belirsizlik içinde ihaleye çıkarılarak istekliler arasında ihalesi yapılıp sözleşmesi imzalandıktan sonra, hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirilmesini öngören yasal düzenlemelerde kamu yararı olmadığı ve tam tersine mali anlamda kamu zararını öngördüğü açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.*

*İptali istenen düzenlemenin devamında yapım işleri için “Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.” kurallarına yer verilmiştir.*

*İstekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin “Basiretli bir iş adamı gibi davranma” yükümlülüğü vardır. Sağlık tesisi gibi bina yapım işleri, uygulama projelerine ve iş kalemleri ile mahal listelerine dayalı olarak imalat metrajları çıkarılabilen ve dolayısıyla yapım maliyeti tespit edilebilen işlerdir. Yüklenici bunları bildiği halde, 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre idarenin hazırladığı “her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı”na bağlı bir belirsizliğe dayalı olarak ihaleye çıkarılan işin ihalesine istekli olmuş, tüm riskleri üstlenerek ve muhtemel maliyet bedeline kârına ilaveten ayrıca risk primini de ilave ederek teklifte bulunmuş ve nihayetinde ihaleyi kazanarak sözleşmeyi imzalamıştır. 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (10), (11), (12) ve (13) numaralı bentlerinde sözleşmede belirtilecek hususlar düzenlenmiş ve (10) numaralı fıkrasında, “Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir.” kuralına yer verilmiştir.*

*Bu bağlamda, söz konusu işlerin ihalesine giren istekliler, 6428 sayılı Kanundaki yasal kuralları ve idarenin hazırladığı “her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı”na dayalı belirsizliği bilerek ve isteyerek ihaleye katılmışlar; öngörebildikleri risklere karşı risk primini de hesaba katarak teklifte bulunmuşlardır.*

*İhale yapılıp, üzerine ihale yapılan yüklenici ile sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşmede hukuka uygun veya hukuka aykırı gerekçelerle sözleşme bedeline ilişkin doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılması ve buna ek olarak ihaleden sonra 6428 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen bentlerine göre “Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar” ile “kesin teminatın gelir kaydedilmesine ilişkin kurallar” da dahil hazırlanarak imzalanmış sözleşmeye sonradan “Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir.” türünden kurallar konulup, “Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre” yapılacak olması, ihaleye istekli olanların teklif verme şartlarını bütünüyle değiştireceğinden ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleri bütünüyle ortadan kalkmış olacaktır.*

*Oysa, kamu adına yapılan bütün ihalelerde olduğu ve 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, “İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır.”*

*Bu itibarla iptali istenen düzenlemeler bir bütün olarak ihalede saydamlığı, rekabeti ve eşit muameleyi ortadan kaldırdığı ve dolayısıyla kamu yararı ilkesiyle bağdaşmadığı için Anayasa’nın 2. maddesine, üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için Anayasa’nın 10. maddesine; Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle bağdaşmadığından Anayasa’nın 167. maddesine aykırıdır.*

*Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa’nın 2. 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*7) 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. Maddesi ile Değiştirilen 6428 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki “… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …” İbaresi ile “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” İbaresinin ve 24. Maddesi ile Geçici 1. Maddeye Eklenen (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı*

*a) Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki “… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı*

*Maddede sözü edilen, “süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler”, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na 5396 sayılı Kanun’la eklenen ek 7. madde ile bu maddenin verdiği yetkiyle yürürlüğe konulan 3.7.2006 tarihli ve 2006/10655 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekindeki “Sağlık Tesislerinin, Kiralama Karşılığı Yaptırılması ile Tesislerdeki Tıbbî Hizmet Alanları Dışındaki Hizmet ve Alanların İşletilmesi Karşılığında Yenilenmesine Dair Yönetmelik” hükümlerine göre ihale edilmiş ve sözleşmeye bağlanmışlardır.*

*3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi ile 2006/10655 sayılı BKK ile yürürlüğe giren Yönetmelik’teki üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanundaki üst hakkı tesisine ilişkin kurallar birbirinden farklıdır.*

*Bu bağlamda, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre, sağlık tesisleri yüklenicinin kendisine ait taşınmazlar üzerine yaptırılabileceği gibi süresi kırkdokuz yılı geçmemek üzere Hazineye ait taşınmazların bedelsiz devri suretiyle de yaptırılabilirken; 6428 sayılı Kanuna göre (md. 1/2- u ve md. 2), üst hakkı sözleşmesi Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebilmekte ve süresi sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçememektedir.*

*Öte yandan, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesinde Hazineye ait taşınmazlar üzerinde bedelsiz üst hakkı tesisiyle yapılacak sağlık tesisi kırkdokuz yıl olarak belirtilmekle birlikte, ihalesi yapılan ve sözleşmeye bağlanan Şehir Hastaneleri Projelerinin tamamına yakınında söz konusu süre yirmibeş yıl olarak öngörülmüştür.*

*Sağlık tesislerine bedelsiz tahsis edilen Hazine taşınmazlarının tahsis süresi, tesislerin sabit yatırım ve işletme maliyetlerinin temel bileşenlerinden biri olduğundan, “süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler” de üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi, yapım ve işletme maliyetleri de değiştirmekte ve dolayısıyla bu durum ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra, ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurmaktadır.*

*Her ihale kendi şartları içinde değerlendirilir. Şehir Hastaneleri Projelerine istekli olarak teklifte bulunanlar, mevcut idari ve teknik şartnamelere göre teklifte bulunmuşlardır. Temel maliyet bileşenlerinden biri olan tahsis edilecek Hazine arazisinin kapsamına dayalı alanı ile tahsis süresi değiştiğinde, teklif edilen bedelin de değişeceğini kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılması, ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev görmektedir.*

*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Hukuk devletinde, Anayasa’nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen temel ve evrensel ilkelerine de uygun davranılması gerekir.*

*Hukukun temel ilkeleri arasında “sözleşmeye bağlılık ilkesi” yer almaktadır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşme hukukunun temel ilkesini oluşturmakta; ihale ve sözleşmeler, durumun değişmeyeceği şartlar altında yapılmaktadır.*

*Ortada hukuken geçerli olabilecek hiçbir sebep yok iken, “süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler” de üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılması “sözleşmeye bağlılık ilkesi” ile bağdaşmamanın yanında adil ve hakkaniyete uygun olmadığı ve kamu yararı ölçütüyle de bağdaşmadığı için Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*Anayasa’nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamayı, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulmasını gerektirmektedir.*

*Süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlerde, ihaleden sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılması, ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihaleye katılan isteklilerden üzerine ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için iptali istenen ibare Anayasa’nın 10. maddesine de aykırıdır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …” ibaresi, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*b) Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesindeki “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı*

*6527 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasıyla, 6428 sayılı Kanunun yukarıda iptali istenen 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının, süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı kurallaştırılmıştır.*

*6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yukarıda (Gerekçeler’in 4. maddesinde) yer verilen iptal gerekçelerinin tamamı kelimesi kelimesine, “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” ibaresi için de geçerlidir. Tekrar olacağı için yer verilmemiştir.*

*Bu itibarla, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” ibaresi, 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının iptaline ilişkin yukarıda yer verilen gerekçelerle Anayasa’nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırıdır.*

*Öte yandan, “süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler” kapsamında olan Şehir Hastanesi projeleri ihale ve sözleşmelerinin yürütmesinin durdurulması ve iptali istemleriyle Türk Tabipleri Birliği tarafından idari yargı mercileri nezdinde davalar açılmıştır. Bu davalar sonucunda pek çok projenin yürütmesi durdurulmuştur.*

*Örneğin; Ankara-Etlik Şehir Hastanesi yapılacağı gerekçesiyle Ankara’nın Etlik semtinde bulunan Etlik İhtisas Hastanesi boşaltılarak 30 Haziran 2011 tarihinde ihale edilmiştir. Türk Tabipleri Birliği’nin açtığı yürütmenin durdurulması ve iptal davası sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesi 6 Temmuz 2012 gün ve E. 2011/3392 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Sağlık Bakanlığı’nın yaptığı itirazı ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 17 Ekim 2012’de reddetmiştir.*

*Yargı kararına rağmen, 12 Eylül 2013 tarihinde sözleşme imzalanmış ve 24 Ekim 2013’de de Ankara-Etlik Şehir Hastanesi Projesi’nin temel atma töreni yapılarak sözleşmenin ifasına başlanmıştır.*

*Öte yandan, Danıştay Onüçüncü Dairesinin 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na, 3.7.2005 tarihli ve 5396 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesiyle eklenen ek 7. maddenin sekizinci fıkrasının, Anayasa’nın 2. ve 7. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle itiraz yoluyla açtığı davada, Anayasa Mahkemesi 6.6.2013 günlü, E. 2012/105, K.2013/71 sayılı kararında, 3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesinin 6428 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırıldığından bahisle, konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.*

*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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, yargı denetimine açık, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan devlettir.*

*Hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerekeceği, temel bir hukuk ilkesidir ve bu ilke ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturmaktadır. Örneğimizde Danıştay Onüçüncü Dairesi 6 Temmuz 2012 gün ve E. 2011/3392 sayılı kararıyla 30 Haziran 2011 tarihinde yapılan ihale işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş; Sağlık Bakanlığı’nın yaptığı itirazı da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu reddetmiştir.*

*“Süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işler”in, ihalelerin yapıldığı ve sözleşmelerin imzalandığı tarihlerde yürürlükte bulunan hukuk kuralları yerine, sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılması, sözleşmeler ihaleye dayandığı ve her ihale yürürlükteki mevzuata göre yapıldığı için, ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev gördüğünden, iptali istenen ibare Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

*Anayasa’nın 138. maddesinin üçüncü fıkrasında, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı ve herhangi bir beyanda bulunulamayacağı kurallaştırılırken; dördüncü fıkrasında, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ile idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” denilmiştir.*

*6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının, süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağını öngören iptali istenen düzenlemenin kapsamındaki şehir hastanesi projesi ihalelerin tamamı için idari yargı mercileri nezdinde davalar açılmış; bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verilmiştir. İptali istenen ibarenin kapsamındaki ihale ve sözleşmelerin hangileri oldukları ve bunlardan hangi firmaların yararlanacakları somut olarak tek tek bellidir.*

*Anayasa Mahkemesi, daha yeni bir kararında, “Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Anayasa Mahkemesi’ne göre kanun, genel hukuk kuralları koymalı, genel, soyut ve kişilik dışı hükümler içermelidir. Kanunun genel olması, herkesin statüsünü düzenleyeceği anlamına gelmemekte, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir. Şu halde, kanun hükümlerinin, her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir.” demiştir. (Bkz. Yüksek Mahkemenin 18.6.2013 günlü E. 2012/18, K. 2013/80 sayılı kararı).*

*Anayasanın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti ilkesinin alt unsuru olan hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olmasını gerekli kılar. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemeler yapılması, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi düzenlemeden yararlanacak kişilerin tek tek belli olması kamu yararı ilkesiyle örtüşmemekte ve ayrıca mahkemelerin somut olaylar hakkında vermiş olduğu kararların yasama organı tarafından değiştirilmesi sonucunu doğuracak yasal düzenlemeler yapılması Anayasa’nın 138. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” ibaresi, Anayasa’nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*c) Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın Anayasaya Aykırılığı*

*6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrasıyla, 3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin, yargı kararı doğrultusunda değil, ihale dokümanı ve sözleşmelerde geçmişe yönelik olarak gerekli düzenlemelerin yapılarak yerine getirilmesi ve işlerin yürütülmesi öngörülerek; bir yandan, ihaleye istekli olup teklifte bulunanların tekliflerinin dayanağını oluşturan mevcut ihale dokümanlarında ve ihale dokümanlarına göre biçimlenen sözleşmelerde ihaleden ve sözleşmenin imzalanmasından sonra geçmişi kapsayacak ve geleceği kucaklayacak şekilde düzenleme yapılması ve işlerin yapılan düzenlemeler doğrultusunda yürütülmesi öngörülerek, tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkeleri askıya alınmanın ötesinde ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerini kılıfına uydurmak da değil, ihale yolsuzluk ve usulsüzlükleri yasal hale getirilirken; diğer yandan somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararları etkisiz hale getirilmektedir.*

*Sağlık Bakanlığı, 3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesine göre Türkiye’nin değişik bölgelerinde şehir hastanesi projesi ihaleleri açmıştır.*

*İhalelere istekli olanlar, mevcut ihale dokümanlarını incelemişler ve mevcut ihale dokümanlarına göre teklifte bulunmuşlardır. İdare de teklifler içinden uygun teklifte bulunan istekli üzerine ihaleyi yapmıştır. Bu bağlamda mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapılmış ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlem tamamlanmıştır.*

*İhale dokümanında ihaleden sonra değişiklik yapılması, ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini de değiştirecektir. İsteklilerin tekliflerinin değişecek olması, yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenirliliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması demektir. Sadece bu da değil; ihalelerin yolsuzluk ve usulsüzlüklere açılması ve hatta bu durum yasa gereği yapılıyorsa ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerinin yasallaştırılması anlamına gelmektedir.*

*Anayasa Mahkemesi’nin 14.2.2013 günlü ve E. 2011/63, K. 2013/28 sayılı kararında belirtildiği üzere, “Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına 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.”*

*Bir mal veya hizmet alımı ya da yapım işi ihalesinin saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine göre yapılıp sonuçlandırılmasında kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Yapılmış bir ihale için, yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin, yargı kararı doğrultusunda değil de, ihale dokümanı ve sözleşmelerde geçmişe yönelik olarak gerekli düzenlemelerin yapılarak yerine getirilmesi ve işlerin bu düzenlemeler çerçevesinde yürütülmesi, adil ve hakkaniyete uygun olmamanın yanında kamu yararı ölçütüyle bağdaşmadığından Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.*

*Hukuk devletinin diğer bir alt unsuru da sözleşmeye bağlılık ilkesidir.*

*Mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapılıp, sözleşme imzalandıktan sonra ihale dokümanlarında ve sözleşmede değişiklik yapılması ve işlerin yapılan değişiklikler doğrultusunda yürütülmesi, ihalede saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi ve güvenirliliği ortadan kaldırarak yapılmış ihaleyi hukuken sakatladığı ve bu durum sözleşmeye bağlılık ilkesiyle de bağdaşmadığı için, iptali istenen düzenleme, Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

*İhale dokümanı ile sözleşmede, ihaleden ve sözleşmenin imzalanmasından sonra değişiklik yapılarak işlerin yapılan değişikliklere göre yürütülmesi, ihaleye girip istekli olanlardan, üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurduğu için, iptali istenen düzenleme Anayasa’nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.*

*Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereğidir.*

*Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” denilmektedir. Bu kuralda, mahkeme kararlarına uymaktan, değiştirmemekten ve yerine getirilmesini geciktirmemekten yasama organı ayrık tutulmamıştır.*

*Yasama organının mahkeme kararlarına uyması ve değiştirememesi ilkesi yasama organının kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması anlamına gelmektedir. Her ne kadar, şehir hastanesi projesi ihalelerine karşı idari yargı mercilerinin vermiş oldukları kararlar kesinleşmemiş olmakla birlikte, iptali istenen düzenlemede bir yandan, kesinleşmiş yargı kararlarını da kapsar şekilde “idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri” denilerek kesinleşmiş yargı kararlarının gereğinin de mevcut ihale dokümanı ve sözleşmelerde yapılacak değişikliklerle yerine getirilmesinin sağlanması; diğer yandan yürürlükteki mevzuata göre ihalesi yapılmış ve sözleşmeye bağlanmış hukuki işlemlere karşı idari yargı mercilerinde görülmekte olan hukuki uyuşmazlıklar için her aşamada verilecek her türlü yargı kararının gereğinin, yargı kararı doğrultusunda değil, mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin öngörülmesi sonucunda hukuk yollarının kapatılmış olması, Anayasa’nın 138. maddesine aykırıdır.*

*Yukarıda açıklandığı üzere, 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 24. maddesi ile 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası, Anayasa’nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.*

*III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ*

*1) Orman kadastro komisyonu tutanak ve haritalarının ilgililere şahsen tebliğ yerine geçen askı süresi ile dava açma süresinin altı aydan otuz güne düşürülmesi, mülkiyet sahiplerinin mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde kullanmalarını engelleyeceğinden, iptal davası sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içinde mülkiyet sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zararları ortaya çıkacaktır.*

*2) Erişme kontrollü karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yapılan/yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesislere ilişkin izinlerden herhangi bir bedel alınmaması, izne konu oluşturan alana muadil ormanlık alanın mali kaynak yokluğu nedeniyle yetiştirilememesine yol açarak tüm insanların maddi ve manevi zararlarının doğmasına yol açacaktır.*

*3) “Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler” gibi belirli bir firma grubu için, satım, kira, trampa ve mülkiyetin gayri ayni hak tesisi işleri ihale edildikten sonra sözleşmenin imzalanmaması, sözleşme imzalandıktan sonra taahhütten vazgeçilmesi veya taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirilmemesi durumlarında, ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödemeleri durumunda ihaleden yasaklama kararı verilmemesini öngören düzenleme, aynı durumda olan gerçek kişiler ile Türkiye genelinde faaliyet göstermeyen tüzel kişilerin bu haktan yararlanamayıp ihale yasağı kapsamına alınmalarına bağlı olarak maddi zararlarına neden olacaktır.*

*4) 5651 sayılı Kanunun 8., 9. ve 9/A maddelerine göre erişimin engellenmesine karar verme görev ve yetkisi birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmektedir. Anılan maddede öngörülen erişim engelleme kararı verme yetkisinin “tabiî hâkim”den alınarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemelerine verilmesi, ceza yargılaması hukuku ve “tabiî hâkim” ilkesi açısından çok önemli bir handikaptır. Zirâ, kişilik haklarının ya da özel hayatın gizliliğinin ihlâli iddiasına konu bir yayında bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacak ve “Mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesini zedeleyecektir.*

*5) 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinden sonra vâzolunan 9/A maddesinin sekizinci fıkrası ile, “Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” tedbirinin uygulanabilmesine imkân veren ve son derece suiistimale açık bir durum ortaya koyan bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile Telekomünikasyon İletişim Başkanının emriyle ölçüsüz şekilde “erişimin engellenmesi” tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin dava konusu yaptığımız dokuzuncu fıkrası ile doğrudan bağlantısı bulunan sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan “ifade hürriyetine” doğrudan müdâhale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir. Dava konusu dokuzuncu fıkra hükmü ile, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması hükmünün getirilmesi, yine daha önce 5651 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz 17.4.2014 günlü dava dilekçemizde dava konusu yapılan ve Anayasa’ya aykırılığı iddia olunan sekizinci fıkrada öngörülen düzenlemeyi Anayasa’ya uygun hâle getirmemektedir.*

*6) İhale edilerek sözleşmeye bağlanmış işlerde, edimin ifası (sözleşmenin yürütümü) aşamasında, hukuki belirliliği ve hukuka uyarlığı bulunmayan gerekçelerle değişiklikler yapılması yoluyla doğrudan veya dolaylı yollarla ihale/sözleşme bedelinin değişmesini öngören düzenlemeler nedeniyle kamunun ve dolayısıyla vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan maddi ve manevi zararları ortaya çıkacaktır.*

*7) 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile iptali istenen 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanması ve ayrıca 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin yargı kararı yerine mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde yapılacak düzenlemeler temelinde yerine getirilip işlerin yürütülmesi sonucunda, kamunun ve dolayısıyla vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan maddi ve manevi zararları ortaya çıkacaktır.*

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

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

*IV. SONUÇ VE İSTEM*

*01.03.2014 tarihli ve 28928 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 26.02.2014 tarihli ve 6527 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un;*

*1) 1. maddesiyle değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “… otuz gün içinde …” ibaresi ile dördüncü cümlesindeki “… İlan süresi geçtikten sonra …” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine,*

*2) 3. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu’nun ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.” ifadesi, Anayasa’nın 2., 5. ve 169. maddelerine,*

*3) 8. maddesi ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkrası ile 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanuna eklenen geçici 4. maddesi, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine,*

*4) 17. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesine eklenen onbeşinci fıkrası, Anayasa’nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine,*

*5) 18. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 9/A maddesine eklenen dokuzuncu fıkrası, Anayasa’nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine,*

*6) 23. maddesiyle değiştirilen 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa’nın 2. 10. ve 167. maddelerine;*

*7) 24. maddesi ile,*

*a) Değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile …” ibaresi, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine,*

*b) Değiştirilen 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki “… ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası …” ibaresi, Anayasa’nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine,*

*c) 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası, Anayasa’nın 2., 10. ve 138. maddelerine,*

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