

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2006/129

Karar Sayısı : 2009/121

Karar Günü : 1.10.2009

R.G. Tarih-Sayı: 08.01.2010-27456

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İzmir 3. İdare Mahkemesi(E.2006/129),(E.2006/153)

2- Danıştay 6. Dairesi(E.2008/68)

İTİRAZLARIN KONUSU : 4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa ile eklenen ek 35. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 35., 56., 57., 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Sabit elektronik haberleşme cihaz ve tesislerinin imar mevzuatına aykırı olarak kurulduğu gerekçesiyle uygulanan idari yaptırımların iptali istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ve iptali istenilen ek 35. maddesi şöyledir:

'Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynır, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat, kanun hükümlerine ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma iznine tâbi değildir.'

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurularında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 35., 56., 57., 123. ve 127. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İÇtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 2006/129 ve 2006/153 Esas sayılı itiraz başvurularında Haşim KILIÇ ve Şevket APALAK'ın karşıoyları ve oyçokluğuyla, 2008/68 Esas sayılı itiraz başvurusunda oybirliğiyle 14.9.2006, 4.12.2006 ve 22.7.2008 günlerinde karar verilmiştir.

B- Esas 2008/68 sayılı dosyada 4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ek 35. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından reddine 22.7.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARLARI

4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun ek 35. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin olarak 2006/153 ve 2008/68 Esas sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2006/129 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2006/129 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 4.12.2006 ve 22.7.2008 günlerinde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan her türlü tesis ile taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatın, yasa hükümlerine ve Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak kaydıyla İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma izninden istisna tutulmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu, imar mevzuatınca uygulanacak işlemler bakımından GSM şirketleri ile diğer yapı maliklerinin aynı hukuksal durumda bulunmalarına rağmen bunlar arasında ayırım yapılarak diğer yapı maliklerine tanınmayan bir biçimde ve denetimsizlik derecesinde GSM şirketlerine ayrıcalık tanındığı, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin imar mevzuatına yönelik düzenlemelerle yaşama geçirildiği, imar hukuku yönünden bir denetim sorumluluğu bulunmayan Telekomünikasyon Kurumu tarafından elektronik kirlenme ve radyasyon riski ölçütleri gözetilerek verilen güvenlik sertifikasının imar mevzuatında öngörülen ruhsatların yerine geçmesinin mümkün olmadığı, mevcut yapılara ilave niteliğinde yapılacak yapıların bulundukları alanda getirecekleri yükseklik-hacim-kitle-gabari artışının imar planı ile kurulan dengeyi değiştirebileceği, mevcut binanın yapımı sırasında öngörülmemiş ağırlığı nedeniyle bina statğine yapacağı olumsuz etkinin hayati tehlike yaratabileceği, çevrede bulunan diğer bina malikleri yönünden ise görüntü kirliliğine neden olabileceği, bu yönleriyle Anayasa'da yer alan planlı ve sağlıklı çevre, konut ve yerleşim ile mülkiyet haklarına olumsuz etki yapacağının mutlak olduğu, imar planları aracılığıyla imar konusunda düzenleme yapma yetkisinin ilgili bakanlıklara ve temelde belediyelere ait olduğu, bu yetkinin elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır ve taşınmaz mallar yönünden yerel yönetimlerden alınmasının Anayasa'da yer alan yerinden yönetim

ilkesine aykırı bulunduğu, belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 35., 56., 57., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynır, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatın, kanun hükümlerine ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaların alınması şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanunu'na dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma iznine tâbi olmadığı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, *'Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.'* ; 'Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması' başlıklı 56. maddesinde de, *'Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir'*denilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Devlete verilirken, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

İmar mevzuatıyla getirilen düzenlemeler, Devlete verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasa'da yer alan 'sağlıklı ve dengeli çevre' kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önleildiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur.

İmar planları, planlanan yörenin bugünkü durumunun, olanaklarının ve ilerideki gelişmesinin gerçeğe en yakın şekilde saptanabilmesi için coğrafi veriler, beldenin donatımı ve malî, sosyal kültürel ve ticarî yönden kullanılışı gibi konularda yapılacak araştırma ve incelemeler sonucu elde edilecek bilgilere göre, çeşitli kentsel işlevler arasında var olan veya edinilecek olanaklar ölçüsünde, en iyi çözüm yollarına ulaşmak, belde halkına iyi ve uygar bir yaşama düzeni ve koşulları sağlamak amacıyla, kentin kendine özgü yaşayış biçimi ve karakteri, nüfus, alan ve yapı ilişkileri, yörenin gerek çevresiyle ve gerekse çeşitli alanlar arasındaki bağlantıları, halkın sosyal ve kültürel gereksinimleri, güvenlik ve sağlığı ile ilgili konular gözönüne alınarak hazırlanır.

İmar hukukuna ilişkin kurallar temel olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer almaktadır. İmar Kanunu'nun 5. maddesinde karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler 'yapı' olarak tanımlanmış, 20. maddesinde yapıların imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabileceği, 21. maddesinde bu Kanun kapsamına giren

yapılar için yapı ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu, 30. maddesinde tamamen ya da kısmen biten bir yapının kullanılabilmesi için yapı kullanma izni alınması gerektiği, 32. maddesinde de ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapıların mühürlenerek inşaatın derhal durdurulacağı ve inşaatın devamına ancak ruhsata aykırılığın giderilmesi veya ruhsat alınması halinde izin verileceği belirtilmiştir.

Yapıların imar planına ve imar mevzuatına uygunluğu, yapı ruhsatı ile, yapı ruhsatı alınarak tamamlanan bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı olup olmadığı ise söz konusu yapının kullanılabilmesi için gerekli olan yapı kullanma izni ile denetlenmektedir. Ruhsatla sağlanmak istenen nihai amacın kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle yapı ruhsatı alınması konusunda getirilecek bir istisna kuralın kamu düzeni, güvenliği ve esenliğini zedelememesi ve kamu yararının gerçekleşmesini engellememesi gerekir.

İtiraz konusu kuralla, imar mevzuatında öngörülen yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninden istisna tutulan elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatlar arasında İmar Kanunu uyarınca yapı olarak kabul edilen inşaat ve tesisler de yer almaktadır. Bir başka deyişle, İmar Kanunu ve ilgili yönetmeliklerce yapı olarak kabul edilen ve yapılabilmeleri için yapı ruhsatı, kullanılabilmeleri için ise yapı kullanma izni alınması gereken elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan yapılar, 'yapı ruhsatı' ve 'yapı kullanma izni'nden istisna tutulmuşlardır. Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatın, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninden istisna tutulması, belirli koşulların varlığına bağlı kılınmıştır. Buna göre, söz konusu taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat, kanun hükümlerine ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak şartıyla yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi değildir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'ndan alınması öngörülen izin, ruhsat veya sertifikalara ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, bunların imar mevzuatı ile ilgilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Elektronik haberleşme cihazları için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilen izin, sabit elektronik haberleşme cihazlarının kurulabilmesi için verilen izni ifade etmektedir. Söz konusu cihazlar, Kurum tarafından verilen sistem kurma izinlerinde belirtilen bölgelerde ve sayıda kurulmaktadır. Güvenlik sertifikası ise elektronik haberleşme cihazlarından yayılan elektromanyetik dalganın çevre ve insan sağlığı üzerinde meydana getirebileceği etkileri en aza indirmek amacıyla belirlenen elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin aşılmadığı mesafe gözetilerek, bu mesafeye göre kurulan cihazlara verilmektedir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 37. maddesinde, frekans tahsisine ihtiyaç gösteren telsiz cihaz veya sistemi kullanıcılarının, telsiz kurma ile kullanma izni ve telsiz ruhsatnamesi almak zorunda oldukları belirtildikten sonra *'Ulusal ve uluslararası kuruluşların belirlediği standart değerleri dikkate almak suretiyle telsiz cihaz ve sistemlerinin kullanımında uyulacak elektromanyetik alan şiddeti limit değerlerinin belirlenmesi, kontrol ve denetimleri münhasıran Kurum tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu işlemler ile ilgili usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığının görüşleri de dikkate alınmak suretiyle Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir. Yönetmelik ile belirlenen limit değerlere ve güvenlik mesafesine uygun bulunan ilgili tesisler başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Kurum tarafından güvenlik sertifikası düzenlenmesini müteakip kurulur ve faaliyete geçirilir.'*denilmektedir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından çıkarılan Yönetmeliklerle de sabit telekomünikasyon cihazlarının kurulması ve işletilmesi esnasında, ortamda oluşan elektromanyetik alan şiddetinin limit değerlere uygunluğunun belirlenmesi, ölçüm yöntemleri ve denetlenmesi ile ilgili esaslar belirlenmiş ve konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Sabit elektronik haberleşme cihazlarının kurulabilmesi için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilmesi gerekli olan izin, ruhsat ve sertifikaların, söz konusu cihazların kurulumunun yanı sıra elektromanyetik dalgaların insan sağlığı bakımından ortaya çıkaracağı zararların önlenmesine yönelik olduğu ve bu yönüyle Anayasa ile Devlete verilen ödevler kapsamında yer aldığı kuşkusuz olmakla birlikte, söz konusu izin, ruhsat ve sertifikaların, imar mevzuatı yönünden Devlete ait olan görevlerin yerine getirilebilmesinin araçları olan izin ve ruhsatların yerine geçebilmesine olanak bulunmamaktadır. Kurum tarafından verilen izin, ruhsat veya sertifikaya sahip olmaları da ilgililerin imar mevzuatına göre almaları zorunlu olan yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninden muaf tutulmalarını haklı kılan bir neden olarak kabul edilemez.

İtiraz konusu kural ile getirilen düzenleme, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan müstakil yapıların imar planına uygunluğunun denetlenmesini olanaksız kılmakta, elektronik haberleşme cihazlarının mevcut yapılar üzerinde kurulması halinde ise bu yapıların ruhsata uygunluk denetiminin yapılmasına engel oluşturmaktadır.

Oysa yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, imar hukuku yönünden planlamanın ve bu planlara uygunluk denetiminin yapılmasının ve bu suretle kamu yararının sağlanmasının başlıca araçlarından olup, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan yapılara ayrıcalık tanınarak bunların yapı ruhsatından ve yapı kullanma izninden istisna tutulması, bu yapıların imar mevzuatı kapsamı dışında tutulması anlamını taşımakta, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatlar yönünden imar hukukunda denetimsiz bir alan oluşturmakta ve Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesine sebep olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 35., 57., 123. ve 127. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ek 35. maddesi, 1.10.2009 günlü, E. 2006/129, K.2009/121 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 1.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

Esas Sayısı : 2006/129
Karar Sayısı : 2009/121

4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ek 35. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 1.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK
Üye	Üye	
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	

YÖNTEMDE AZLIK OYU

İdari işlemler, yönetsel birimlerce alındıkları tarihte yürürlükte olan yasal kurallara göre yargısal denetime konu olurlar. Öğreti ve uygulamanın ortak kabulü olan bu idare hukuku ilkesi, kamu gücüne dayanılarak alındığı tarihteki hukuksal gerekler ve nedenlerin ürünü olarak ortaya çıkan idari işlemlerin yasallık ilkesiyle ilişkilidir. Gerçekten de yasallık ilkesi, işlem sırasında var olan hukuksal metinlerle sınırlı bir özellik içerir.

Yönetsel işlemi oluşturan ve sınırlayan hukuksal ortam, hiç kuşku yok ki o işlemin yargısal değerlendirmesinde de etken olan yaklaşımdır. Tersî durumda, davaya konu yapılan işlemin, alınışına etken olan koşullar ve hukuki nedenler dışında ve işlemin idarece oluşturulmasından sonraki gelişmelerle irdelenmesi ve böylece yargı yerince yeni bir işlem

Esas Sayısı : 2006/129
Karar Sayısı : 2009/121

yapılması sonucu doğar. Bu sonuç, idare hukuku ilkeleri ve idarenin yargısal denetiminin yapısıyla örtüşmez.

Bakılan davada ise, itiraz istemine neden yasal kural değişmiş olduğundan davaya konu işlemten sonra yürürlüğe giren kural kendinden önceki uyuşmazlıklarda esas alınamayacaktır. Buna göre iptali istenen yasal kuralın mahkemece uygulanabilmesine olanak yoktur.

Bu nedenle, uyuşmazlığa neden olmayan yasal kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki başvuruda mahkeme yetkisiz olduğundan esasa geçilmesine ilişkin 14.9.2006 günlü karara karşıyım.

Üye

Şevket APALAK