

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/92
Karar Sayısı : 2016/6
Karar Tarihi : 28.1.2016
R.G. Tarih-Sayı : 03.03.2016-29642

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Üçüncü cümlesinde yer alan "*otuz gün içinde.*" ibaresinin,

2- Dördüncü cümlesinde yer alan "*İlan süresi geçtikten sonra.*" ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.*" ibaresinin,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "*üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ve "*ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibarelerinin,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 10., 13., 22., 26., 28., 35., 36., 37., 40., 138., 140., 167. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların da yer aldığı;

1. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi şöyledir:

"Madde 11- (Değişik : 5/11/2003-4999/6 md.)

*(Değişik birinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilir. Bu ilan ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmündedir. Tutanak ve haritalara karşı itirazı olanlar; askı tarihinden itibaren **otuz gün içinde** kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilirler. **İlan süresi geçtikten sonra**, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar kesinleşir. Orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine hariç itiraz olunamaz ve dava açılmaz.*

(Değişik ikinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak sınırlamaya itiraz davalarında hasım Orman Genel Müdürlüğü; 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarma işlemlerine karşı açılacak itiraz davalarında ise hasım Hazine ve Orman Genel Müdürlüğüdür.

(Değişik üçüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman Genel Müdürlüğünce açılacak davalarda hasım, hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerdir.

(Değişik dördüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Kadastrosu yapıp kesinleşen Devlete ait ormanlar orman vasfı ile, 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarılan yerler ise kaydında belirtme yapılarak hâlihazır vasfı ile; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle, en geç üç ay içinde hiçbir harç ve bedel alınmaksızın Hazine adına tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu Kanunun;

a) 20.6.1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi,

b) 23.9.1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5.6.1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi,

Uygulamaları ile orman sınırları dışına çıkarılan, ancak fiilen orman olduğu Orman Genel Müdürlüğünce tespit edilen yerler, talep üzerine Maliye Bakanlığınca Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilir. Tahsisi yapılan bu yerler Hazine adına tapuya orman vasfıyla tescil edilir.

Sınır noktaları ile ölçü işinde kullanılan tüm noktalardaki taş, beton kazık ve diğer işaretler Orman Genel Müdürlüğünce korunur. Noktaların tahribatı veya yerlerinin değiştirilmesi yasaktır.

2. 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 9- (Ek : 31/7/2008 - 5801/2 md.)

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce yapılacak spor tesislerine bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre izin verilebilir. Verilen bu izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 25/6/2010-6001/33 md.) 9/5/1985 tarihli ve 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 bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre orman sayılan alanlardan bedelli izin verilebilir. Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir. (Ek cümle: 26/2/2014-6527/3 md.) Verilen bu izinlerden ağaçlandırma ve arazi izin bedeli dışında herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Yukarıdaki fıkroda belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir. İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere, binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez.

*(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen **bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.***

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Ayrıca; demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanlara, Orman Genel Müdürlüğünce belirlenen yerlerden ağaçlandırma bedeli alınarak izin verilebilir."

3. 2886 sayılı Kanun'un 84. maddesi şöyledir:

"İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:

Madde 84- 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulundukları anlaşılanlar, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete'de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

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'da ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

(Ek: 26/2/2014-6527/8 md.) 83 üncü 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 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 verilmez.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler."

4. 2886 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 4- (Ek: 26/2/2014-6527/9 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 83 üncü 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 hükmü uygulanır."

5. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi şöyledir:

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

MADDE 8- (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

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

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

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

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

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

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

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

suçları.

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

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkroda belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(3)

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu 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 verilir.

(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)

6. 5651 sayılı Kanun'un 9/A. maddesi şöyledir:

"Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.)

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

(2) Yapılan bu istekte; hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz.

(3) Başkanlık, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

(4) Erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal 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 ihlal edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. (Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.)

(9) (Ek: 26/2/2014-6527/18 md.) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.

7. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesi şöyledir:

"Sözleşme

MADDE 4- (1) Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.

(2) Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur. Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen

yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(3) İdarenin sözleşmede belirtilen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi hâlinde uygulanacak gecikme faizine ve şartlarına ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(4) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler (.) Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.

(5) Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır.

(6) Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.

(7) Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hâllerin neler olduğu ve bildirim usulleri yönetmelikle belirlenir. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.

(8) Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine

getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise sözleşme derhâl feshedilir.

(9) (Değişik: 26/2/2014-6527/23 md.) 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 tamamlanamayacağını 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.

(10) Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtar veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz. Sözleşmenin fesih tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Önceden bildirilen günde yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve keyfiyet tutanakta belirtilir. 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. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez ve yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz.

(11) 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 (.) kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.

(12) İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir."

8. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi şöyledir:

"Mevcut ihaleler ve yönetmelik

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun **üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası**, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.

(3) (Ek: 26/2/2014-6527/24 md.) Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilir ve işler buna göre yürütülür.

(4) Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 Sayılı Kanun'un 11. Maddesinin Birinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan ".otuz gün içinde." İbaresinin Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "İlan süresi geçtikten sonra." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, kuralda yapılan değişiklik ile orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresinin askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken otuz güne düşürüldüğü ve bu süre içerisinde dava açılmayan kararlara ilişkin harita ve tutanakların kesinleşmesinin öngörüldüğü, hukuksal işlemlerin sonuç doğurması için muhatabına şahsen tebliğ edilmesi gerekirken mülkiyet hakkına dayanan orman kadastrasına ilişkin işlemlerin yüksek ve engebeli koşullarda yaşayan ya da büyük şehirlere taşınmış kişilere şahsen yapılacak tebliğ yerine ilan tebliğ edilmesinin ve ilandan itibaren otuz gün içerisinde dava açma zorunluluğu olmasının mülkiyet hakkının korunması bakımından demokratik hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği gibi hak arama hürriyetine ve mahkemeye erişim hakkına da engel teşkil ettiği, ayrıca ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı, bunların yanında hak arama hürriyetinin özünü ortadan kaldırdığı belirtilerek dava konusu ibarelerin, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi, Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilmesini, bu ilanın ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmünde olmasını, tutanak ve haritalara karşı itirazı olanların askı tarihinden itibaren otuz gün içinde kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilmelerini, söz konusu ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleşmesini, bu tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine haricinde itiraz olunamayacağını ve dava açılmayacağını, açılacak davalarda yer alacak hasımları, haklarındaki tutanak ve haritaların kesinleşmeleri durumunda ormanların tapuya kayıt ve tescillerini düzenlemektedir.

5. Maddede yer alan dava konusu "*otuz gün*" ibaresi, orman kadastro komisyonların tarafından alınan kararlara ilişkin düzenlenecek tutanak ve haritalara askıya çıkarılmalarından itibaren kadastro mahkemelerinde veya kadastro mahkemelerinin olmaması durumunda kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelere dava açma süresini, "*İlan süresi geçtikten sonra*" ibaresi ise, otuz günlük ilan ve dolayısıyla dava açma süresinin geçmesi ile birlikte dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesini öngörmektedir.

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

7. Hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ilkesi bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

8. Kadastro tutanak ve haritalarının kesinleşmesinden itibaren on yıl içerisinde, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılabilirse de on yıldan sonra bu nedenlere dayanarak itiraz edilemez ve dava açılmaz. Belirtilen on yıllık süre dava konusu

kurallar uyarınca; otuz günlük ilan süresinin geçmesinden sonra haklarında dava açılmayan tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile başlayacaktır. Otuz günlük süre içerisinde dava açılması durumunda tutanak ve haritalar kesinleşmeyecek, kesinleşme için açılan davanın sonucu beklenecektir.

9. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Dava konusu ibarelerle öngörülen dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucuya aittir.

10. Kanun'un genel gerekçesinden, düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin 22.5.2012 tarihli ve E. 2012/108 K. 2013/64 sayılı kararı ile verilen iptal hükmünün boşluğunun doldurulması ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun benzer hükümleri ile uyumluluk sağlanması amacıyla; içeriğinden ise kadastro çalışmalarının hızlandırılarak, ivedi bir şekilde sonuçlandırılması ve taşınmazların tapuya bağlanmasının, böylece hak sahiplerinin haklarına bir an önce kavuşmalarının sağlanması dolayısıyla kamu yararı amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ne var ki, bir düzenlemenin kamu yararına yönelik olarak yapılmış olması, onun Anayasa'ya uygunluğu bakımından tek başına yeterli değildir. Temel hak ve hürriyetler bakımından meşru amaçla getirilen sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen kriterlere aykırı olamaz. Bu anlamda dava konusu kuralların da Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık taşımaması gerektiği açıktır.

11. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın sadece kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir.

12. Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ise bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar.

13. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını

belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır.

14. Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.

15. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan, hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

16. Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile gerek orman gerekse diğer vasıflardaki taşınmazların sınırları belirlenmiş olacak ve tapu kütüğüne kayıt edilebilecektir. Kesinleşme ne kadar erken olursa hak sahiplerinin haklarına kavuşmalarının da o kadar hızlı olacağı kuşkusuzdur. Ayrıca sürenin uzamasının tereddütler oluşmasına, işlemler kesinleşmediğinden sürekli itiraz edilebileceğinden hukuki belirsizliklerin yaşanmasına, hak sahiplerinin haklarına geç ulaşmalarına dolayısıyla da kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı açıktır. Kanun koyucu belirtilen olumsuzlukların yaşanmaması için kesinleşme süresini otuz gün olarak öngörmüştür. Anılan süre sınırlamaları kamu düzeniyle doğrudan ilgili olan kadastro işlemlerinin hızlandırılması ve düzenli bir tapu sicilinin oluşturulması bakımından gereklidir. Dava konusu ibarelerle öngörülen süreler, hak sahiplerinin haklarına bir an önce ulaşmalarını, belirsizlik içerisinde kalmamalarını ve hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında kalmamalarını sağlayacağından hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerine dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez.

17. Öte yandan belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılama hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Dava ya da hukuki işlemler için tanınan süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin takdir yetkisi içinde olup, ulaşılacak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedelemedikçe Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmazlar.

18. Dava konusu ibarelerin de yer aldığı 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca orman kadastro komisyonları tarafından alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün boyunca ilan edilirler. Bu şekilde yapılan ilan ilgililere şahsen gerçekleştirilmiş tebligat hükmündedir. İlan edilen bu tutanak ve haritalara karşı hak sahibi

gerçek ya da tüzel kişi tarafından askı tarihinden itibaren otuz gün içerisinde kadastro mahkemelerinde, bu mahkemenin olmadığı yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevlendirilmiş mahkemelerde dava açılabilir. Otuz günlük ilan süresi geçtikten sonra dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar kesinleşecektir. Kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçmesi ile artık Hazine dışında kadastrodan önceki nedenlere dayanarak itiraz edilemeyecek, dava açılmayacaktır. Ayrıca düzenlemede tapulu ve tapusuz taşınmaz ayrımı da bulunmamaktadır. Kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak açılacak davalarda hak düşürücü süre on yıldır. Böylece kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalarına karşı kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak otuz günlük ilan süresi içerisinde dava açılmaz ise bu süre geçtikten sonra tutanak ve haritaların kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde de aynı nedenlere dayanarak dava açılabilir.

19. Kadastro çalışmalarının hızlanmasını ve bir an önce sonuca bağlanmasını sağlamak gibi kamu yararı taşıyan meşru bir amaçla ilan ve buna bağlı olarak dava açma sürelerinin sınırlandırılması ulaşılmak istenilen amaca gerçekleştirmek için hem gerekli hem de elverişlidir. Kaldı ki kadastro mahkemelerinde açılacak davalar için otuz gün, genel yetkili mahkemelerde on yıl içerisinde dava açma zorunluluğu mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek kadar da kısa değildir. Bu nedenle hak sahiplerinin dava açma haklarını kullanabilmeleri bakımından ölçülü ve bir an önce haklarına kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, bu kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin korunmasını sağlamaya elverişlidir. Bunun yanında ilan süresi geçtikten sonra kesinleşen tutanak ve haritalara karşı hak sahiplerinin kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmadığı gibi on yıl gibi makul ve uzun bir süreye bağlanmaktadır. Bu nedenle dava konusu ibarelerin, kişilerin mülkiyet haklarının sona ermesine ya da ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verdiği, bireyin hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı ve ulaşılmak istenen meşru amaç ile de orantılı olmadığından söz edilemeyeceği gibi hak arama ve mahkemeye erişim haklarının özüne dokunacak boyutta bir sınırlandırma, temel hakkın kullanımını ortadan kaldıran ya da güçleştiren, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen ve ölçülü olmayan bir müdahale içerdiği de söylenemez. Dolayısıyla belirtilen ibarelerin hak arama hürriyetine, mahkemeye erişim hakkına ve mülkiyet hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkranın İkinci Cümlesinde Yer Alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

21. Dava dilekçesinde özetle, orman sayılan alanlarda üniversitelerin eğitim ve araştırma tesisleri ile öğrenci yurdu yapılmak üzere verilen izinlerde ağaçlandırma bedeli, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri, arazi izin bedelinden bir ya da bir kaçının alındığı halde erişme kontrollü karayollarının (otoyolların) karayolu sınır çizgisi içinde yapılan veya yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisler yapımı ve işletmesi için verilen izinlerden bu bedellerin hiç birinin dava konusu kural uyarınca alınmayacağı, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiği, bazı tesislerden herhangi bir bedel alınmamasının kamu yararıyla

bağdaşmamasının yanında adalet ve hakkaniyete de uygun düşmediği, bunun yanında Anayasa'nın Devlete verdiği ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi görevi verilmesine rağmen herhangi bir bedel alınmamasının mali kaynak yokluğu nedeniyle muadil ormanlık alanın yetiştirilememesi ve dolayısıyla orman alanlarının daralmasıyla sonuçlanacağı, kar amaçlı tesisler için izne konu alanın Devlet bütçesinin kaynaklarıyla oluşturulmasının da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

22. Kanun'un ek 9. maddesi, Devlet ormanlarına yapılacak tesisleri, bu tesisler için bedel alınıp alınmamasını, tesisleri yapabilecek kurum ve kuruluşları, köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yapılabilecek tesisleri, bu ormanlara bina ve tesislerin özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde izin verecek kurumu, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki tesisler ile demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanları düzenlemektedir.

23. Maddenin beşinci fıkrası ise, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine karayolu sınır çizgisi içerisinde kalması şartıyla izin verilmesini, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen bu tesislerden herhangi bir bedel alınmamasını öngörmekte olup *"bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz."* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

24. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Ayrıca bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Bununla birlikte kamu otoritelerinin hak, yetki, görev ve sorumluluklarının ne şekilde düzenleneceği de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu bu takdir hakkını anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere istediği gibi kullanabilecektir.

25. 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."* denilmektedir. Buna göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin temel amaç ve görevlerindendir.

26. Anayasanın 169. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel*

ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz." denilmektedir.

27. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaların çıkarılması görevi Devlete verilmiştir. Keza, maddenin üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceğine dair hüküm yer almaktadır. Ayrıca 169. maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği belirtilmektedir. Buna göre, Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olması için kamu yararının bulunması mutlaktır. Anayasa'da bu konuyla ilgili olarak başkaca bir sınırlama veya düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa, Devlet ormanları üzerinde özel mülkiyete izin vermemekte, sadece, kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde erişme kontrolü uygulanan karayolu ve bu karayolu için gerekli bina ve tesislerin yapımı için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda ek 9. maddenin beşinci fıkrası ile erişme kontrolü uygulanan yol yapımı için gereken ulaştırma yapılarına, bunların müstemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerinin yapılmasına izin verilmiştir. Kuralda öngörülen tesislerin yapılmasının erişme kontrolü uygulanan yollar açısından zorunluluk taşıdığı belirgindir. Bunun yanında, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde kalan ve Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen tesislerden bedel alınmaması öngörülmektedir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yer alan yapı ve tesislere izin verilmesi sonucu bedel alınıp alınmaması konusu Anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır.

28. Öte yandan söz konusu yapı ve tesisler, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendine göre kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında, yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı, hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yaya yolunun mülkle birleştiği çizgiyi ifade eden ve daha önce sınırları belirlenen ve orman alanı ile arasında engel olan karayolu sınır çizgisi içerisinde bulunacak, diğer anlatımla daha önce izin verilen mevcut sınırın ötesinde orman alanına yeni bir müdahaleye neden olmayacaktır. Dolayısıyla ormanlık alanların korunmasına ya da genişlemesine engel olmayacak düzenlemenin Anayasa'nın 5. ve 169. maddelerine de aykırı olduğu söylenemez.

29. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

30. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

C- Kanun'un 8. Maddesiyle 2886 Sayılı Kanun'un 84. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkra ile Kanun'un 9. Maddesi ile 2886 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 4. Maddenin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

31. Dava dilekçesinde özetle, şube kavramının tanımının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmayarak öğreti ve yargı içtihatlarına bırakıldığı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre üçüncü kişilerle merkez adına hukuki işlemler yapabilmenin şube olmak için yeterli olduğu, şubenin ve şube personelinin yaptığı hukuki işlemlerden merkezin de sorumlu olduğu, şube personelinin şahsi kusurunun bu sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilcilerin temsil ettikleri tüzel kişi adına üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerden ve şahsi kusurlarından kaynaklanan fiil ve davranışlarından tüzel kişinin de sorumlu olduğu halde Kanun'un 84. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile idarelerin belirsiz gerekçelerle haklarında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı vermesi gereken tüzel kişiler hakkında ihale bedelinin üç katı tutarındaki tazminatın peşin olarak ödenmesi koşuluyla ihaleden yasaklama kararı vermemesinin kurallaştırıldığı, ayrıca Kanun'a eklenen geçici 4. maddeyle bu kuralın geçmişe de uygulanmasının öngörüldüğü, böylece kurallarla hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve yasamanın genelliği ilkelerinin de ihlal edildiği, bununla birlikte dava konusu kuralların sadece Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler için getirilerek diğer gerçek ya da tüzel kişilerin kapsam dışında tutulmasının eşitlik ilkesine uygun olmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

32. Kanun'un 84. maddesinde, idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklamaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kanun'un 84. maddesinin birinci fıkrasında, 83. madde öngörülen ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında; hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak olarak ifade edilen yasak fiil ve davranışların ihale safhasında vaki olmuşsa bu fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmemeleri ve fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi, ikinci fıkrasında, yasaklama kararının haklarında yasaklama kararı verilenlerin sermayesinin çoğunluğuna sahip oldukları tüzel kişilere de uygulanması, üçüncü fıkrasında, ihalenin yapılmasından sonra usulüne göre sözleşme yapmayanlar, sözleşme yapılmasına rağmen taahhüdünden vazgeçenler ile mücbir sebep dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmeyenler hakkında yasaklama kararı uygulanması hükmedilmektedir.

33. Kanun'un 84. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında aynı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunanların dışında Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerin şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 83. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil ve davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği tespit edilenlere, verilecek bir ay içerisinde ihale bedelinin üç katı tazminatı peşin ödemeleri durumunda haklarında yasaklama kararı verilmemesi öngörülmektedir.

34. Kanun'un dava konusu geçici 4. maddesinde ise, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında 84. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yasaklama kararı verilebilecekken henüz verilmemiş olanlar hakkında da 84. maddenin dördüncü fıkrasının uygulanacağı belirtilmektedir.

35. Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece kabahatin konusunu esas alarak ve benzer eylemler için öngörülen yaptırım miktarlarını kıyaslayarak haksızlık ve yaptırım arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir.

36. Zaman içinde toplum gereksinimlerinin değişmesi yeni ihtiyaçlara uygun önlemlerin alınmasını, var olanların güçlendirilmesini, geliştirilmesini ya da gereksiz olanların kaldırılmasını zorunlu kıldığından, izlenen suç ve ceza politikasına uygun olarak gerekli yasal önlemleri almak kanun koyucunun görevidir. Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir.

37. Dava konusu kuralların gerekçelerinde, Türkiye genelinde faaliyet gösteren ve bir çok il ve ilçede çok sayıda şubesi olan bazı bankaların para çekme makineleri (ATM) ile bazı telekomünikasyon şirketleri, GSM operatörleri ve medya kuruluşlarının baz istasyonları, radyo ve televizyon vericileri için kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan başta Hazineye ait olanlar olmak üzere diğer kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar hakkında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca yapılan kiralama ihaleleri sonucunda kiralama işlemi yapıldığı, Türkiye genelinde faaliyet gösteren bu tüzel kişilerin sadece bir il veya ilçede faaliyette bulunan şubelerinin veya temsilciliklerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlarından dolayı haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesinin kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamalara, az sayıda tüzel kişiliğin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmesine ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmesine neden olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin ivedi bir şekilde giderilmesi, bu yapılırken de kamusal kaynakların en etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamalar olmaması, az sayıda tüzel kişinin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmemesi ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmemesi ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kurallarla ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

38. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "*belirlilik*"tir. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve

öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

39. Dava konusu kuralda, ihaleden yasaklama kararı verilmeyecek haller ve bunun şartları açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu, ihaleden yasaklama kararı verilmemesinin koşullarını ve kuralın içeriğinin çerçevesini belirlemiştir. Yasaklama kararının verilmemesinin şartları şunlardır:

1- Aynı Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışlarda bulunulmaması,

2- Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişi olunması,

3- Tüzel kişilerden şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından dolayı 84. maddenin üçüncü fıkrasındaki belirtilen fiil ve davranışların gerçekleşmesi,

4- Verilecek bir aylık süre içerisinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatın peşin ödenmesi.

40. Bunun yanında kuralda geçen şube personeli, vekil, mümessil ya da şahsi kusur gibi bazı kavramlar diğer kanunlara, genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiyeye göre belirlenebilir niteliktedir. Kaldı ki bu kavramların kanun koyucu tarafından önceden tek tek tanımlanarak kanun metninde ifade edilmesi olanaksızdır. Bunun yanında kuralın muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkündür. Dolayısıyla belirtilen kavramları içermesi nedeniyle dava konusu kuralların da öngörülemez ya da belirsiz olduğundan söz edilemez.

41. Dava konusu kural ile ihaleden yasaklamaya neden olacak fiil veya davranış nedeniyle doğabilecek kamu zararının ihale bedelinin üç katı tazminat alınması suretiyle karşılanmasını öngörmüştür. Böylece kanun koyucu, bir yandan ihaleden yasaklamaya neden olabilecek fiil ve davranışların önlenmesi için yaptırım öngörürken diğer taraftan da belirli şartları taşımak ve muhtemel kamu zararını tazminatla karşılamak koşuluyla yasaklama yaptırımını uygulanmamasını hükme bağlamıştır. Böylelikle kanun koyucu kurallarda belirlenen şartları yerine getiren kişiler açısından yaptırım uygulama yetkisinden feragat etmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla düzenlediği kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

42. Dava konusu geçici 4. madde ile maddenin yürürlüğe girdiği tarihte 83. maddede belirtilenler dışında 84. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan fiil ve davranışları gerçekleştirenlere bu fıkra uyarınca henüz yasaklama kararı verilmemiş ise, 84. maddenin dördüncü fıkrasının onların hakkında da uygulanması hükmedilmektedir. Böylece 84. maddenin dördüncü fıkrası geçmiş dönemlere de uygulanabilecektir. İhaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde ise henüz uygulanmamış bu yasaklamadan belirli koşullarla vazgeçmek de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun belirtilen takdir hakkı kapsamında ihaleden yasaklama yaptırımının kapsamını daraltması mümkün olduğu gibi koşulları ve çerçevesi önceden belirlenmek şartıyla ihaleye katılmaktan yasaklama kararından

da vazgeçebileceği açıktır. Dolayısıyla dava konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaz.

43. Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin 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.

44. Dava konusu kurallar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamanın belirli şartların gerçekleşmesi durumunda uygulanmamasını öngörmektedir. Haklarında ihaleden yasaklama kararı uygulananlar ya da uygulanması ihtimali bulunanlar ile diğer isteklilerin aynı konumda oldukları kabul edilemeyeceğinden aralarında eşitlik karşılaştırması yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerle yerel faaliyet gösteren diğer gerçek ya da tüzel kişilerin hukuksal durumları aynı değildir. Bu nedenlerle, farklı konumlardaki kişilere farklı yaptırımlar belirlemek ya da yaptırımların uygulanma koşullarını değiştirmek kanun koyucunun takdirinde olup eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

45. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 17. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (15) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

46. Dava dilekçesinde özetle, düzenlenme nedenine ilişkin gerekçe bulunmayan kuralın saklı gerekçesinin erişimin engellenmesi kararının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısında ve işleyişinde yapılan son düzenlemeler ile Adalet Bakanlığına dolayısıyla yürütme organına yakın hâkimlerin vermesini sağlamak olduğu, düzenleme ile taraflı bir yargı yaratılmak istendiği, tarafsız ve bağımsız olması gereken yargı organına gölge düşürüldüğü, böylesi bir düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve bağımsız yargı ilkeleri ile bağdaşmadığı, hakimlik teminatına ve kanunî hâkim güvencesine aykırılık teşkil ettiği, bu ilkeleri ihlal eden düzenlemenin kuvvetler ayrığı ilkesini de ihlal etmesinin kaçınılmaz olduğu, kural ile yeni özel yetkili mahkemeler ihdas edildiği, bu durumun yürütme ve yasama organının yargılama faaliyetlerine müdahalesini önlemeye yarayan tabii (kanuni, olağan) hâkim ilkesiyle çeliştiği, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesine neden olacak ve bu haliyle sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşıyan düzenlemenin diğer ilkelerin yanında hukuk devleti ilkesini de ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Kuralın Anlam ve Kapsamı

47. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçları, kimlerin karar verebileceğini, bu kararın usul ve esaslarını, kararlara itirazı, verilen kararların yerine getirilmesi usullerini, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâlleri, engelleme kararının kaldırılmasını, erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyenlere uygulanacak yaptırımları ve bu yaptırımlara karşı başvurulabilecek kanun yollarını, erişimin engellenmesine ilişkin kararları vermeye yetkili mahkemelerin belirlenmesi usulünü düzenlemektedir.

48. 5651 sayılı Kanun'un (1) numaralı fıkrası uyarınca, internet ortamında gerçekleştirilen ve içeriği aynı fıkranın bentlerinde belirtilen suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe olan eylemlerde erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasına göre erişimin engellenmesi kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmektedir. Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunar, hâkim kararını yirmi dört saat içerisinde verir. Kararın onaylanmaması durumunda tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bunun yanında (4) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesi kararı birinci fıkranın (a) bendinin (2), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı olan çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından da verilebilir. İlgili suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı ya da beraat kararı verilmesi durumunda karar kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

49. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak da erişimin engellenmesini isteyebilirler. Bu talebin yirmi dört saat içerisinde değerlendirilmesi gerekir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talebi ile hâkim erişimin engellenmesi kararı verebilir. Hâkim yapılan başvuruyu yirmi dört saat içerisinde karara bağlamalıdır. Bu karara karşı CMK hükümleri uyarınca itiraz edilmesi mümkündür. Karara konu içerik yayından kaldırılır ise karar kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Erişim sağlayıcı kendisine gönderilen kararı derhal, en geç dört saat içerisinde yerine getirmelidir. Kararın yerine getirilmemesi halinde sorumlu kişi hakkında adli para cezası uygulanacaktır.

50. Kanun'un 9/A maddesi uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurusu üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilir. Bunun yanında aynı maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre (1) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesini Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunarlar. Bunun yanında aynı maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi kararı (9) numaralı fıkraya göre yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerekmektedir.

51. Kanun'un 8. maddesinin dava konusu (15) numaralı fıkrasında, 8. maddeye 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 verilmesi öngörülmektedir.

c- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

52. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

53. Hukuk devletinde, ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, ceza yargılamasına ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Nitekim Anayasa'nın 142. maddesinde, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" denilmiştir.

54. Dava dilekçesinde Kanun'un farklı gerekçelerle çıkarıldığı iddiası anayasallık denetimi açısından sınırlı bir işleve sahiptir. Anayasa'nın açıkça amaç öngörmediği durumlarda Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kanunun kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun mahkemelerin görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamında, erişimin engellenmesi kararını vermek üzere birden fazla sulh ceza mahkemesi olan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmesini öngörmesi takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

55. Anayasa'nın 37. maddesinde, "*Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*" denilmektedir.

56. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

57. Anayasa'nın 140. maddesinde "*Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür. Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi*

eğitimi ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir." denilmiştir.

58. Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, kanuni (doğal) hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, kanuni hâkim ilkesinin bünyesinde, "*kanuniliğin*" yanı sıra "*önceden belirlenmiş*" olmaya da yer verilmiştir. Kanuni hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya uyuşmazlığın doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Kanuni hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur.

59. Kanun'un gerek 8. maddesinin dava konusu kural dışındaki fıkralarında gerekse 9. ve 9/A maddelerinde internet erişiminin engellenmesine ilişkin kararların verilmesi usulü ve kararı verecek makamlar düzenlenmiş, erişimin engellenmesi kararının verileceği mahkemeler ve hâkimlikler de belirlenmiştir. Dava konusu kural ile birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunması hâlinde hangisinin yetkili olduğuna Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun karar vereceği öngörülmektedir. Belirli bir suçun işlenmesinden sonra buna ilişkin davayı görececek yargı yerini belirlemeyi amaçlamayan kural, istisnai alanda geçerli olup birden fazla sulh ceza mahkemesinin bulunması durumuna münhasırdır. Bunun yanında kural, yürürlüğe girmesini müteakip kapsamına giren tüm davalara ve şüpheli ayrımı olmaksızın herkese uygulanabilecektir. Diğer anlatımla belirtilen erişim engeline neden olan eylem ya da eyleme ilişkin başvuru bulunmaksızın bu konulara hangi mahkemenin bakacağı, yani görevli mahkeme önceden belirlenmiştir. Kaldı ki görevlendirme Anayasa'nın 159. maddesi ile bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresini değiştirmekle görevlendirilmiş Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın kanuni hâkim güvencesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

60. Hukuk devleti olmanın ön şartları arasında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğu açıktır. Yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bağımsızlığı konusunda Anayasa ile tanınan teminat, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da sağlanması gerekir.

61. Yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin yargı içi ve dışı her türlü etki ve kuşkudan uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, tarafların ve toplumun yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler.

62. Dava konusu kuralda geçen sulh ceza hâkimleri diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Bu çerçevede, sulh ceza hâkiminin, internete erişime ilişkin kararlarının etkisiz veya yürütmenin etkisi altında kalabileceğine yönelik iddiaların anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca sulh ceza mahkemelerinin bağımsızlığı yönünden diğer mahkemelerden farklı bir konuma yerleştirildikleri ve bağımsızlık güvencelerinin zayıflatıldığı kanaatini oluşturacak herhangi bir neden görülmemektedir. Zira dava konusu kural sadece birden fazla mahkemenin bulunduğu yerler için görevli mahkemeyi belirleme usulünü öngörmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın hâkimlik teminatını, yargı bağımsızlığını ve mahkemelerin tarafsızlığını olumsuz etkilediği söylenemez.

63. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 37., 138., 140. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

64. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

65. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 18. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A Maddesine Eklenen (9) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

66. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı içerik sahibi de dâhil olmak üzere hiç kimseye itiraz hakkı tanınmadığı, itiraz yolunun da gösterilmediği, bu durumun hak arama hürriyetinin açık bir biçimde ihlâli anlamına geldiği, içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişiye sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz hakkının tanınmamasının da hak arama hürriyetini, yetkili mercilere başvurma hakkını ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları ihlal ettiği, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, başvuru ya da herhangi bir talep bulunmaksızın TİB Başkanının resen erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına hükmedebilmesinin sansür niteliğinde olduğu ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, ayrıca ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına geldiği, ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlarda dahi öngörülmediği halde erişimin engellenmesine ilişkin tedbir sürecinin özel hayatın gizliliğinin ihlâli durumu için öngörülmüş olmasının ve sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmasının ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında organik bir bağın mevcut bulunduğundan açılan diğer dava sonucu (8) numaralı fıkranın iptaline karar verilmesi durumunda varlığının sürdürmesi mümkün olmayan dava konusu kuralın da 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptaline karar verilmesinin gerekeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

67. 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca internet ortamında özel hayatının gizliliğinin ihlali edildiğini ileri süren kişiler doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB) başvurulabileceği gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Başkanın emri üzerine TİB tarafından da erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Maddenin (8)

numaralı fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı belirtilmiş, dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise (8) numaralı fıkra kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmasını ve sulh ceza hâkiminin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamasını öngörmektedir.

68. Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti düzenlenmekte olup bu madde uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin kararı ile haberleşme engellenmiş ise bu karar yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmalıdır. Aksi halde bu karar kendiliğinden kalkmış sayılacaktır. Benzer hüküm basın hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında da bulunmaktadır. Bu nedenle engelleme kararının hâkim onayına sunulması Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasının emrettiği bir husustur. Dava konusu kural, aynı maddenin 8. fıkrasına göre yapılan kısıtlamanın hâkim onayına sunulmasına ilişkindir. Bu anlamda dava konusu kural, Başkanlığın gerçekleştirdiği erişimin engellenmesi işleminin yargısal denetimini sağladığından temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak bir yana korunmasına katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlaması ya da kısıtlaması da söz konusu değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 8.12.2015 tarihli ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı kararı ile 6518 sayılı Kanun'un 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6) (7) ve (8) numaralı fıkralarını Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.

69. Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Erişimin engellenmesi kararının hâkimin onayına sunulmaması ya da hâkimin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamaması hâlinde kararın kendiliğinden kalkmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemenin kuralda yer almaması kuralı münhasıran Anayasa'ya aykırı hale getirmez. Nitekim dava konusu kural ile Başkanlığın, (8) numaralı fıkraya göre takdir yetkisini kullanarak vereceği erişimin engellenmesi kararı yargı denetimine tâbi kılınmaktadır. Başkanlığın engelleme kararı sulh ceza hâkimi tarafından incelenerek sonuca bağlanacaktır. Kararın sulh ceza mahkemesi onayına sunulması ve kuralda belirtilen sürede açıklanması emredici hüküm içermektedir. Kaldı ki Kanun'a göre üst norm olan Anayasa'nın 22. maddesinde yetkili merciin kararını yirmi dört saat içerisinde görevli hâkim onayına sunacağı, hâkimin kırk sekiz saat içerisinde kararını açıklayacağı, aksi halde kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında hukuk devletinde bulunması zorunlu olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esasının gerçekleştiği, kişilere etkili hak arama ve başvurma imkânı sağlayan güvencelerin tanındığı açıktır. Bu bağlamda kuralda itiraz yolunun öngörülmemesi hak arama hürriyetini, yetkili mercilere başvurma ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları engellemez. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmayan, özüne dokunmayan ya da sınırlandırmayan kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

70. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

71. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

72. Dava dilekçesinde özetle, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan sözleşmelere ilişkin mücbir sebep ve olağanüstü hallerin neler olduğunun açıklanmamış olması ve Kanun'da düzenlenmemesinin idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı ve hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, hukukun temel ilkeleri arasında sözleşmeye bağlılık ilkesinin bulunduğu, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan dengenin sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesinin adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturmaması için sözleşmenin değişen şartlara uydurulabileceği, bu uyarılamanın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği ancak buna hâkimin karar vermesi gerektiği, öte yandan Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yüklenici lehine düzenlemelerin bulunduğu halde dava konusu kurallarla sözleşme bedelini doğrudan veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesinin yaratıldığı ve ihtilaflara ilişkin düzenlemelerin Kanun'da bulunmasına rağmen dava konusu kuralın öngörülmesinin genel hukuk kuralları, sözleşmeye bağlılık ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Anayasa'da ihaleye ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal bir engel bulunmadığı ancak bunun kanun koyucunun hiç bir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmeyeceği, belirlenen usullerin dışına çıkabilmek için kamu yararının bulunması gerektiği oysa gerekli hazırlıklar yapılmadan ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından 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 değiştirildiği, bunu öngören yasal düzenlemelerin kamu yararına olmadığı gibi mali anlamda kamu zararına neden olacağının açık olduğu, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, istekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün olmasına rağmen imzalanan sözleşmede sonradan doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılmasına olanak tanınmasına ya da sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesine yönelik kurallar konulmasının ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini bütünüyle ortadan kaldıracığı, düzenlemelerin üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bunların yanında düzenlemenin Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

73. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bu Kanun'un amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme

hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir. Kanun uyarınca gerçekleştirilecek kamu özel işbirliği (KÖİ) sözleşmeleri aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini ifade etmektedir.

74. Kanun'un 4. maddesinde, "*sözleşme*" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise genel olarak, KÖİ modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin olarak yapılan sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılması, bedelin güncellenmesi ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi düzenlenmektedir.

75. Maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesi, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesini, ikinci cümlesi, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağını anlaşılmaması durumunda bedelin bakan onayı ile güncellenmesini ve buna bağlı düzenlemelerin yapılmasını, üçüncü cümlesi, Yüksek Planlama Kurulunun (YPK) yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulması, Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılmasını, dördüncü cümlesi, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi ile sözleşmedeki değişikliklerin sözleşmede öngörülmesini, beşinci cümle ise, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubunun iade edilmesini ve sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılmasını öngörmektedir.

76. Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

77. 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. Kanunun genel olması, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir.

78. Belirtildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenabilir.

79. Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Devletin, sağlık hizmetinin önemi ve ivediliği nedeniyle çeşitli tedbirler alması doğal ve zorunludur. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. Sağlık hizmetinin sunumunu engelleyecek ya da zorlaştıracak engelleri gidermek üzere tedbir alınması Anayasa'nın Devlete verdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğunun bir gereğidir. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu geciktirilemez ve ikame edilemez. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanılacak türdeki hizmetlerdendir.

80. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

81. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere "*Kamu Özel İş Birliği*" modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir. Geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak öngörülen bu model, hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır. Çünkü sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için gerekli finansmanın sağlanması uzun süreli ve esneklik içeren sözleşmeler yoluyla yapılmaktadır. Uzun vadeye yayılan bu model aynı zamanda büyük bir finansman gerektirmektedir. Bu modelde yüklenici, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz

olarak devredecektir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek yatırım özel sektör tarafından yapılırsa da mülkiyeti kamuya ait bir tesis söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında, 6428 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanınması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği ve bu amacın kamu yararına dönük olduğu belirtilmiştir.

82. Kuralda geçen "*sözleşme eklerinin uygulanmasını etkileyen sebeplerin ortaya çıkması*" ya da "*sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi*" ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hal kavramlarının dışında zaman içerisinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç olacağının, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesi olanağı yoktur. Sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce ihtiyaçların giderilmesi gerektiği de açıktır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin gerçekleşebileceğinin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemek de olanaksızdır. Bunun yanında zaman içerisinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesi yepyeni ihtiyaçlar ortaya çıkaracaktır. Böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğması olasıdır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik KÖİ modelinde özel sektör ile karmaşık ve uzun süreli ortaklık yapılmaktadır. Bu ortaklık kamu kaynaklarının ve bütçesinin sınırlı olması nedeniyle tercih edilmektedir. Yapılan yatırımlar oldukça büyük boyutlu ve kolay vazgeçilemeyecek niteliktedir. Kaldı ki yatırımın gerçekleşmesinden, özellikle kamu hizmeti sunumunun başlamasından sonra geri dönülmesi büyük kamusal zararlara neden olabilecektir. Finansmanın özel sektör tarafından karşılandığı düşünüldüğünde karşılıklı hükümler içeren sözleşmelerin yerine getirilmesinde kamu yararı olduğu açıktır.

83. Diğer taraftan dava dilekçesinde ahde vefa yani söze bağlılık ilkesinden bahsedilmektedir. Bu ilke uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu ilke mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmüş olduğu gibi, genel olarak doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği kabul edilen haller vardır. Bu haller her zaman sayılmak suretiyle belirtilemez. Bu durumda kanunlara genel hükümler konulabileceği gibi kanuna dayanmak üzere belirleme düzenleyici işlemlere bırakılabilmektedir. Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin uygulanması taraf ya da taraflar için artık imkânsız hale gelmiş ya da sözleşmenin sürdürülmesi dürüstlük kuralına aykırı hâli gelmiş ise hâkimden uyarılama yapılmasını istemek mümkündür. Kanun koyucu, KÖİ modeli uygulamasında bu hususları kanun maddesi olarak ancak genel hüküm olarak düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, sözleşmenin taraflarca kolaylıkla sona erdirilmesi yerine olabildiğince tadil edilmesi

yoluyla devamını öngörmektedir. Bunu yaparken de uyarılama için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerini ve buna göre değişiklik yapılmasını uygun görmektedir. Zira uyarılamanın yargı kararı ile yapılması hem zaman alacak hem de taraflar açısından daha külfetli olacağı tartışmasızdır. Bu şekilde hem sözleşmenin devam etmesi sağlanırken ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yine tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirilmektedir. Aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözülmesinin kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğu tartışmasızdır.

84. Bu bağlamda dava konusu kural, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içermekte ve hukuki durumu soyut olarak düzenlemektedir. Ayrıca sözleşme ve sözleşme taslağında değişiklik ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi usulünü düzenleyen ve kamu yararı amacı dışında bir amaç güttüğü saptanamayan kural, belirtilen yönleri itibarıyla hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

85. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık isteyen ve teknik konulara ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin diğer fıkralarında gerek sözleşme içeriğinde yer alacak hususlar gerek sözleşmeye riayet edilmemesi halinde gerçekleştirilecek yaptırımlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim belirtilen maddenin (2), (7), (8) ve (10) numaralı fıkralarında sözleşmeye riayet edilmemesi, taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda idarenin yapması gerekenleri ve uygulanacak yaptırımları içermektedir. Bunun yanında dava konusu kuralda sözleşme taslağında ve imzalanan sözleşmelerde değişiklik yapılmasına ilişkin genel esaslar ve koşullar belirlenmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesinde sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi, ikinci cümlede, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağına ilişkin durumlarında bedelin bakan onayı ile ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenmesi, üçüncü cümlede ise 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 yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulması Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılması öngörülmektedir. Kural uyarınca belirlenmeyen sadece önceden tespiti mümkün olmayan değişiklik nedenleridir. Belirtildiği üzere bu nedenlerin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması olanaklı değildir. Kuralın düzenlenme amacı bunun gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve ortaya çıktıktan sonra giderilmesi için gerekli değişikliklerin yapılabilmesidir. Kural farklı aşamalara ve durumlara göre düzenlenmiş ve değişiklik yapmanın sınırları belirlenmiştir. Nitekim kuralın ilk üç cümlesi sözleşme ve eklerinde değişikliğe ilişkin farklı hususları düzenlemiştir. Bu hususlar;

1- Sözleşmenin uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, bedel değişikliği yapmaksızın, sözleşme ve eklerinde değişiklik,

2- Sözleşmede yer alan bedelin güncellenmesi,

3- YPK'nın yetkilendirme kararından sonra ön fizibilete raporu ve projelerde değişiklik yapılmasıdır.

86. Bununla birlikte kuralda sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine ilişkin hususların da sözleşmede belirleneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca kuralda geçen kavramların genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiyeye göre belirlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte gerek mücbir sebep gerek olağanüstü hal gerektiren olayların tek tek belirlenerek bunlara hukuki sonuç atfedilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki belirtilen hususların yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle de tespit edilmesi mümkündür. Nitekim 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (13) numaralı fıkrasında "*Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir.*" denilerek bazı hususların yönetmelikte açıklanacağı belirtilmiş, 9.5.2014 tarihli ve 28995 No.lu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 59. maddesinde mücbir sebep halleri sayılmıştır. Dolayısıyla gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak kullanabileceği takdir alanı tanınmasının hukuki belirsizlik oluşturduğu söylenemez.

87. Anayasa'nın "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hükümle Devlete, piyasada fiilen veya anlaşma sonucu oluşabilecek tekelleşmeleri önleme ödevi yüklenmektedir.

88. Dava konusu kurallarla öngörülen sözleşme veya sözleşme taslağında gerekli değişikliklerin yapılması ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi durumu tekelleşmeye neden olmayacaktır. Zira sözleşmenin feshi nedenleri 6428 sayılı Kanun'da aynen devam etmektedir. Dava kurallar ile mücbir sebep, olağanüstü hal ve sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda sadece sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında tadilat yapılması söz konusudur. Sözleşmede değişikliğe neden olacak hususların neler olacağı konusunda idarenin de takdir hakkının olduğu, uygun görülmeyen hususların kabul edilmeyebileceği, bu durumda da yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır. Ayrıca konuyla ilgili kişilerin sonradan ortaya çıkan ve tadilata neden olan eylemlerin kanundaki şartları taşımadığını belirterek yine yargı yoluna gidilmesi de olanaklıdır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 167. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

89. Öte yandan dava dilekçesinde dava konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildir. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Bunun yanında ihalenin gerçekleşmesinden önce ya da sonra gerekli koşullar olduğu takdirde sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi ilişkin hususları belirleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da sözleşmede değişiklik yapılması, devri ve feshine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kural ile sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinin genel

çerçevesini belirlemiştir. Kanun'da belirtilen hallerin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme şartlarında değişiklik yapılamayacağı açıktır. KÖİ modeli sözleşmelerinin niteliği ve süreleri dikkate alındığında ihalenin gerçekleşmesinden sonra değişen ve gelişen koşullara uygun olarak sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılamaması bu modelin işlememesine ve dolayısıyla da sağlık hizmeti sunumunu olumsuz etkilenmesine neden olabilecektir. Kaldı ki belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığundan söz edilemez.

90. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

91. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen İkinci Cümlesinde Yer Alan ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." ve ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." İbarelerinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

92. Dava dilekçesinde Kanun'un geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki;

a- ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile ." ibaresine ilişkin olarak özetle; 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi ile öngörülen üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanun'daki kuralların birbirinden farklı olduğu, kırk dokuz yıl olan üst hakkı tesisine yönelik sürenin otuz yıla indirildiği ve değişiklik ile üst hakkı sözleşmesinin Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebildiği, üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi ile yapım ve işletme maliyetlerinin değişmesinin ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurduğu, oysa her ihalenin kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılmasının ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü, sözleşmede üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaşmamasının yanında adil ve hakkaniyetli olmadığı ayrıca hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralına da uygun olmadığı, bu uygulamanın kamu yararı ölçütüyle örtüşmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil ettiği, bunların yanında ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu,

b- ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibaresine ilişkin olarak özetle; hukuki uyumsuzlukların, uyumsuzluğa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiği, bu ilkenin ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturduğu, dava konusu kural uyarınca ihale işlerin sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılmasının ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev görmesi nedeniyle

hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği, idari yargı mercileri nezdinde davaların olduğu ve bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verildiği halde Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı, bu davaların kimleri ilgilendirdiğinin belli olduğu, kanunların genelliği ilkesi uyarınca kuralların belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi gerektiği öte yandan hukuki güvenliğin sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içermesi nedeniyle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemelerin yapılmasının bu ilkeyle bağdaşmayacağı, ayrıca bu durumun kamu yararı ilkesiyle de örtüşmediği, Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yer verilen iptal gerekçelerinin dava konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğu,

ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

93. Kanun'un geçici 1. maddesi, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde bu madde çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin nasıl sonuçlandırılacağını, uygulanacak kuralları, sözleşmelerin geçerliliğini, yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen kararların nasıl yerine getirileceğini düzenlemektedir. Dava konusu ibareleri de içeren (1) numaralı fıkra; *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır."* şeklinde olup fıkranın birinci cümlesi, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi gereğince ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnameleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini hükmederken üst hakkı ve sözleşme ya da sözleşme taslaklarında değişiklik yapılmasına ilişkin 4. maddenin (9) numaralı fıkrasının bu uygulamadan istisna tutularak süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre üst hakkı ile sözleşme ve eklerinde yapılacak değişiklikler ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin işlemlere 6428 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

94. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda kanunların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayırsız durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu

nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

95. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

96. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca KÖİ modeli yatırımlarda sözleşmeler belirtilen sabit yatırım dönemi hariç en fazla otuz yıl olmak üzere yapılabilir. Aynı Kanun'un 1. maddesi uyarınca sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilebilmektedir. İdare ile yüklenici arasındaki hukuki ilişki belirtilen sürelerin sonuna kadar devam etmektedir. Dolayısıyla aralarındaki hukuki ilişki devam eder niteliktedir. Bu nedenle kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.

97. Diğer yandan KÖİ modelinin ilk uygulamaları 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre gerçekleştirilmekte iken 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu Kanun hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Ek 7. maddeye göre ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişilere tanınan üst hakkı en fazla kırk dokuz yıl olarak saptanmışken 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile bu süre otuz yıla indirilmiştir. Ayrıca KÖİ modelinde sürekli ve bağımsız üst hakkı tanınması benimsenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 826. maddesi üst hakkının sürekli ve bağımsız olması için en az otuz yıl olarak kurulması gerekmektedir. Dava konusu kural ile üst hakkına ilişkin süre otuz yıl olarak öngörülerek 6428 sayılı Kanun hükümleriyle uyumlu hale getirilmiştir. Bunun yanında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında değişiklik yapılması ve sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesine ilişkindir. Yeni koşulların ortaya çıkması durumunda ancak tarafların ortak iradeleri ile sözleşmede değişiklik yapabilmeleri ya da sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusudur. Böylece kişilerin iradelerinin tek taraflı etkisiz kılınması söz konusu değildir. Böylece dava konusu ibareler ile gerek TMK ve 6428 sayılı Kanun arasında gerekse sözleşmeler arasında eşgüdüm sağlanmasının amaçlandığı ve bu amacın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki dava konusu ibareler ile 3359 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler ile 6428 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler aynı hükümlere tabi olabilecektir. Böylece yapılan değişiklik ile eski ve yeni kuralların geçerli olduğu dönemde yapılan üst hakkı ve sözleşmelere ilişkin uygulamalar ortak hükümlere tabi kılınmakta, kurallar arasındaki farklar giderilerek eşgüdüm sağlanmakta ve aynı hukuki durumdaki yükleniciler aynı hükümlere tabi olmaktadır. Bu anlamda yapılan değişikliklerin hukuki güvenlik ve istikrarı engellediği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

98. Öte taraftan dava dilekçesinde "*ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibaresinin Anayasa'nın 138. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 138. maddede hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve idarenin mahkeme

kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

99. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

100. Dava konusu ibare ile mevcut ihaleler yönünden ile sözleşme ve eklerinin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi konularına yönelik olup sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin değildir. Zira kuralda devam eden yargılamalara uygulanacağına ilişkin hüküm olmadığı gibi bu konuda etkilediği açılmış bir dava olup olmadığının belirlenmesi ya da var ise kurala göre karar verilmesi de olanaklı değildir. Ayrıca kuralın yargılaması devam eden davalara uygulanmasına ilişkin bir Kanun'da ifade de yer almamaktadır. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması da söz konusu değildir. Dolayısıyla yargı mercilerince verilecek kararların uygulanmasını öngören kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir.

101. Açıklanan nedenlerle, dava konusu "*üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ibaresi Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, "*ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibaresi Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

102. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibaresi yönünden, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN ise her iki ibare yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

103. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibaresinin Anayasa'nın 167. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kural ile mevcut ihale dokümanlarında ve sözleşmelerde geçmiş ve geleceği kapsayacak şekilde düzenleme yapılmasının tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerini askıya alacağı, yolsuzluk ve usulsüzlükleri yasallaştıracağı, somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararlarını etkisiz hâle getireceği, mevcut ihale dokümanlarına göre ihale yapıldığı ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlemin tamamlandığı halde ihaleden sonra değişiklik yapılması sonucu ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini değiştirebilmelerinin engellendiği, bu durumun yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenirliliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması sonucunu doğuracağı, uygulamanın adil ve hakkaniyete uygun olmamasının yanında kamu yararı ölçütüyle, hukuk devleti ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurması nedeniyle de kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, bununla birlikte 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 getirilmesi ile hukuk yollarının kapatılmış olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

106. Dava konusu kural, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihinden önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin ihale dokümanı ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesini öngörmektedir.

107. Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

108. Adaletle olan inancın ve güven duygusunun sarsılması, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

109. Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

110. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve

eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

111. Kamu bütçesini aşacak boyutta finansman gerektiren KÖİ modeliyle yapılan yatırımların kapsamı, boyutu, ekonomik değeri ve sağlık hizmetine yapacağı katkılar düşünülerek ihale sürecine ilişkin işlemlerin ve sonrasında imzalanan sözleşmelerin mümkün olduğu ölçüde sürdürülmesinin hedeflenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Gerekçesine bakıldığında dava konusu kuralın, 6428 sayılı Kanun kapsamında kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukuki anlamda güven içeren yatırımlara destek vermeleri nedeniyle ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin bazı tadilatlarla düzeltilebilmesi, hukuka dolayısıyla da mahkeme kararlarına uygun hâle getirilebilmesi için idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale dokümanı ve sözleşmelerde gereken düzenlemelerin yapılması suretiyle işlerin yürütülmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

112. Kural uyarınca sözleşmeler ve ihale dokümanları iptal edilmeyecek, mahkeme kararlarının gerekleri yönünde değiştirilecektir. Böylece hem mahkeme kararlarının gerekleri yerine getirilecek hem de sözleşme ve ihale süreci devam edebilecektir. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca idari yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmamasını ya da geciktirilmesini öngörmemekte, sadece bu kararların uygulanma şeklini göstermektedir. Diğer anlatımla kural, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Doküman ya da sözleşmelerde kararlar doğrultusunda değişiklik yapılması, kararların yerine getirilmemesi anlamını da taşımaz. Kural, idarenin mahkeme kararını değiştirebilmesine değil sadece karar doğrultusunda doküman ya da sözleşmenin değiştirilmesini hükmetmektedir. Kaldı ki yargı organı tarafından ihalenin tamamen iptal edilmesi ya da ana unsurlarının iptal edilmesi durumunda doküman ya da sözleşmelerde değişiklik yapılması olanağının da ortadan kalkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kural, doküman ya da sözleşmede değişiklik yapılarak uygulanması mümkün haller için geçerlidir. Tüm bunlara rağmen kararın yerine getirilmediğinin düşünülmesi durumunda yeniden yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Dolayısıyla dava konusu kural hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.

113. Öte yandan dava dilekçesinde kuralın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildirler. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer hukuki durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan diğer isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Üstelik belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Haklarında verilmiş yargı kararı bulunan yüklenicilerin dava konusu kurala tabi olacakları kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

114. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

115. M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

116. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmasının insanların maddi ve manevi zararlarının doğmasına yol açacağı, hukuk devleti sayılmanın gereği olarak anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması gerektiği, aykırılıkların sürdürülmesinin, hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyeceği ve bu durumda kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından hukuk devleti yönünden de giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açılacağı belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*otuz gün içinde.*" ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "*İlan süresi geçtikten sonra.*" ibaresine,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.*" ibaresine,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkraya,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddeye,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkraya,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkraya,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasına,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "*üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile.*" ve "*.ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası.*" ibaresine,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal talepleri, 28.1.2016 tarihli ve E.2014/92, K.2016/6 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 28.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "*otuz gün içinde.*" ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "*İlan süresi geçtikten sonra.*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan;

Esas Sayısı : 2014/92
Karar Sayısı : 2016/6

a- *"üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- *"ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.1.2016 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili	Başkanvekili	Üye
Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Recep KÖMÜRCÜ
Üye	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI
Üye	Üye	Üye
Erdal TERCAN	M. Emin KUZ	Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesiyle, 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz*" ibaresinin iptali isteminin reddine ilişkin çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmıyoruz:

2. İptali istenen kuralla, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müstemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilmesini öngören beşinci fıkranın kapsamındaki bu tesislerden, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilenlerden **herhangi bir bedel alınmayacağı** öngörülmektedir.

3. Kural kapsamındaki yerlerin "*karayolu sınır çizgisi içinde*" olanları ifade ettiği açıktır. Dolayısıyla, hangi tesislerden bedel alınmayacağı, karayolu sınır çizgisine göre belirlenecektir. "*Karayolu sınır çizgisi*"nin 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesindeki tanımına göre "*kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı, hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yolun mülkle birleştiği çizgiyi*" ifade etmektedir. Yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre karayolu sınır çizgisi aynı ölçütlere göre tanımlanmaktadır. Anılan Kanun'da, otoyollarda karayolu sınır çizgisi belirlenirken sadece üzerinden trafik akan yol gövdesi değil, otoyol hizmet tesisleri, bakımevleri gibi zorunlu tesis ve güvenlik alanlarının da gözetileceği öngörülmektedir.

4. İlgili yasalarda yapılan bu tanımlamalara göre karayolu sınır çizgisinin mülkle birleştiği durumlar dışında somut ve önceden belirlenebilir bir sınır çizgisi mevcut olmayıp, bu çizginin otoyol projesi yapılırken idare ve/veya müteahhit tarafından serbestçe belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, orman içinden geçen otoyollarda zorunlu olarak müdahale edilecek orman alanı, özel bir mülke temas etmedikçe, idare tarafından istenildiği ölçüde orman sahasına girebilecektir.

5. Anayasa, birçok ülke anayasasından farklı olarak, ormanların korunmasını özel ve sıkı bir rejime bağlamıştır. Tarihsel olarak Fatih Sultan Mehmet'le başlayan ancak Osmanlı döneminde gereğince uygulanamayan, ormanların gerekirse en sert tedbirlerle korunması kaygısı, Cumhuriyet döneminde ormanlara tekrar verilen öneme rağmen orman alanlarının kaybının önlenemeyişi, anayasa koyucuyu, 1961 ve 1982 Anayasalarında özel hükümler vazetmeye yöneltmiştir. Anayasa'nın 169. maddesi, ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi için Devlete görev vermiş; devlet ormanlarının mülkiyetinin

devrolunamayacağını, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağını, yanan ormanların yerine yenisinin yetiştirileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin 17.2.2002 tarihli ve E:2000/75, K:2002/200 sayılı kararında şu husus vurgulanmaktadır:

"Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir."

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında, orman arazileri üzerinde Devletçe yapılan ve işletilen tesisler için bedel alınmamasını Anayasa'ya aykırı bulmadığı; orman arazisinde madencilik faaliyeti yapılması halinde ise devlet hakkının %30 fazlasıyla alınacak olmasını, zorunlu olarak yapılacak madencilik faaliyeti ile ormanın aynen korunması arasındaki kamu yararını makul bir dengeye kavuşturduğu gözetilerek, orman alanındaki madencilik faaliyetlerini Anayasa'ya aykırı bulmadığı anlaşılmaktadır.

6. İptali istenen kuralla, yap-işlet-devret modeliyle yapılacak ve işletilecek tesislerden, kamu idareleri tarafından yapılanlar gibi, herhangi bir bedel alınmaması esası getirilmiştir. Bu durum, daha önce Anayasa Mahkemesince incelenen ve Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemelerden de oldukça ileri gitmektedir. Çünkü bu durumda madencilik faaliyetlerinde olduğu gibi dengeleyici bir unsur (devlet hakkı) söz konusu olmadığı gibi, herhangi bir bedel veya ücret ödemeyecek olan girişimci, aynı oranda yüksek kar elde edecek ancak eksilen orman arazisinin telafisi için ayrılması gereken kamu kaynakları karşılanmayacaktır. Anayasa Mahkemesinin önceki içtihatlarıyla oluşan ve ormanların aynen korunması gereği ile zorunlu hallerde kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla orman alanlarına belli ölçülerde müdahaleyi olanaklı kılan irtifak hakkı kullanımı arasında sağlanan adil denge, bu kez iptali istenen kuralla bozulmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillерince verilen 4 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kuruluna sevk edilmiş ve 26.2.2014 tarih ve 6527

sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" olarak kabul edilerek 1.3.2014 tarih ve 28928 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 3. maddesi ile 6831 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın 2. cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz..." ibaresi ile Kanun'un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın ve Kanun'un 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralların TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalastırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esas ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar."

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen Kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, Komisyonların İçtüzüğün 92. maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri önerilen teklif metinlerinde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından birleştirilen metne ilave edilerek kanunlaştırıldığından, bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı. hususları ile sınırlıdır." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzeltereği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; yukarıda işaret edilen kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Aşağıda belirtilen kuralların, açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

I- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrası

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen, 4. maddesinin 9 numaralı fıkrası şu şekildedir:

"(9) 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 tamamlanamayacağını anlaşılmaması 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."

Kural, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, uzun süreli bir sözleşmede bu gibi değişikliklerin yapılması ihtiyacının olabileceği, kanun koyucunun mümkün olduğunca sözleşmeyi sona erdirmeden devam ettirme amacında olduğu, bu açıdan bu gibi düzenlemeleri yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

İptali istenen fıkrada, kamu özel ortaklığı kapsamında yapılan ihaleler ve imzalanan sözleşmelerde daha sonra değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkarsa bunların ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak çeşitli durumlar öngörülmüş ve bu durumlara ilişkin olarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Getirilen düzenlemenin genel gerekçesi kapsamında şu hususlara yer verilmiştir: *"Kamu Özel İşbirliği projelerinin ülkemizde yeni uygulanmaya başlanması, yüksek bütçeli olup uzun vadeye dayanması sebebiyle projelerin temelini oluşturan karmaşık sözleşmelerin gelişen hal ve durumlar için gözden geçirilip güncellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde projelerin kolaylıkla sona erdirilmesi gündeme gelecektir ki; bu durumda ortaya çıkacak zarar kamuya, hem hizmetlerin aksaması hem de maddi kayıp olarak yansımaktadır. Ayrıca yapısı gereği uluslararası nitelikte ve büyük ölçekli olan bu projelerin sona erdirilmesi hizmetler ve maliyette ortaya çıkan zararın yanı sıra uluslararası piyasada; ülkemiz adına güven ve yatırımcı kaybına da sebebiyet verecektir. Bu sebeplerden dolayı Teklif ile sözleşmelerde değişiklik yapılması ve bu değişikliklere ilişkin hükmün Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış*

sözleşmelere de uygulanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti dikkate alınarak idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale tümüyle iptal edilmeksizin, ihale dokümanı ve sözleşmelerde kararların gerektirdiği düzenlemeler yapılarak işlerin yürütülmesi öngörülmüştür."

Kanun koyucu, yüksek maliyet gerektiren ve uzun süreli yapılması gereken yatırımların özel sektör tarafından yapılıp, sağlık hizmeti verilmesini sağlamak amacıyla kamu özel işbirliği (KÖİ) usulünü kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarih ve E. 2011/150, K. 2013/30 sayılı kararında KÖİ, "özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir." şeklinde tanımlamıştır. Buna göre, KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir.

KÖİ'ne ilişkin sözleşme, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi olmakla beraber, sözleşmenin kurulması özel hukuk hükümlerine göre tarafların bir araya gelerek akit serbestisi çerçevesinde sözleşmenin şartlarını belirlemeleri şeklinde olmamakta; öncesinde, kiminle sözleşme yapılacağı ve sözleşmenin şartlarının belirlenmesi için, söz konusu Kanun'un 3. maddesi gereğince ayrıca bir de ihale yapılması gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında "İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır", denilmiş, maddenin müteakip fıkralarında ihalenin ne şekilde yapılacağı açıklanmış, arkasından 4. maddede de sözleşmenin yapılması düzenlenmiştir.

Buna göre idare, yapılan ihalelerde saydamlığı, rekabeti eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun suretle rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Özel hukuk sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar kamu hukuku için yeterli değildir. İdarenin özel hukuka göre yapacağı sözleşmelerde uyacağı birçok kural vardır. Bu kuralların başında ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirmek vardır. Ayrıca idare sözleşme yapacağı kişiyi ve yeri serbestçe seçmemektedir. Kanun koyucu, bu şekilde sözleşme öncesinde ihale süreci öngörerek, kamu yararının daha iyi gerçekleşmesini sağlamaya çalışmaktadır.

KÖİ'ne ilişkin sözleşmeler uzun süreli olduklarından, zamanla değişen şartlara sözleşmenin uyarlanması, öngörülmeyen durumlara göre gözden geçirilmesi gerekebilir. Ancak, kamu yararı gereği, ihale sürecinden sonra kurulan sözleşmenin, ihale sonucuna göre yapılması gerekli olduğu gibi, daha sonraki değişikliklerin de bu esas çerçevesinde gerçekleştirilmesi, ihaleyi anlamsız hale getirecek şekilde yapılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesi gereğince hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu

geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

İptali istenen **fıkranın birinci cümlesinde**, "*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*" denilmiştir.

Buna göre, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi öngörülmektedir. Bu cümle, ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanma aşamasına ilişkindir.

Kuralda geçen, "*mücbir sebepler, olağanüstü haller*" ibareleri, geniş bir anlama sahip olmakla beraber, anlamı ve kapsamı gerek kanunlarda gerekse uygulamada açıklığa kavuşturulduğundan bu konularda bir belirsizlik olduğunu söylemek uygun değildir. Keza, söz konusu hallerde, sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması da bir gerekliliktir. Ancak, cümlenin devamındaki, "*..veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde.*" ibareleri, son derece geniş olup, mücbir sebep veya olağanüstü hal dışında bir başka nedenden dolayı da sözleşmenin değiştirilmesine izin vermektedir. Bu hükme göre, bedel aynı kalmak kaydıyla sözleşmenin diğer unsurları değiştirilebilecektir. Bu kapsamda bedel değiştirilmeden, örneğin yüklenicinin borçları hafifletilebilecek yahut ağırlaştırılabilecektir. Bu şekilde bedel değişmese de, edim değiştirilebildiğinden, bedelin de bundan dolayı olarak etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu şekilde taraflar, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra, sözleşmenin önemli unsurlarında değişiklik yaparak, daha önceki ihale sürecini anlamsız hale getirebileceklerdir. Kural bu haliyle, belirsiz olup idareye, keyfiliğe yol açabilecek geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu durumun, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Tarafların sözleşmede yapabilecekleri değişikliklerin geçerli olmasını, Bakanın onayına tâbi kılmak da, yukarıda belirtilen sakıncayı gidermek için yeterli bir güvence oluşturmamaktadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde sözleşmede değişiklik yapılmasını öngören bir diğer durum düzenlenmiş ve "*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" denilmiştir.

Bu cümlede de, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen işin tamamlanmayacağına anlaşılmaması durumunda bedelin Bakan onayı ile güncellenmesi ve buna bağlı düzenlemelerin yapılması öngörülmektedir. Güncelleme ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak yapılacaktır. Bu cümle, birinci cümle gibi yapım aşamasına ilişkindir; ancak ondan farklı olarak bedel değişikliği yapılabilmektedir; burada bedelin de güncellenmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması kabul edilmiştir.

Şu halde yukarıda incelenen birinci cümledeki duruma benzer şekilde, bu cümlede düzenlenen duruma göre de, *"mücbir sebepler ve olağanüstü hâller"* dışında, *"yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına anlaşılmaması hâli"* son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, yukarıda birinci cümle açısından ifade edildiği üzere, ihale yapıpı tamamlandıktan sonra, sözleşmede değişiklik yapılarak, daha önce yapılan ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen **fıkranın üçüncü cümlesinde** ise *"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"* şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Bu hükme göre de, ihaleden sonra, ancak sözleşmesinin yapılmasından önceki aşamada, *"ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde"* Yüksek Planlama Kurulundan yeni duruma göre yetkilendirme alarak, sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli değişiklikler yapılabilecektir. Burada da yine ihale bedelinin değiştirilmesini gerektiren bir değişiklik olması halinde, yeni duruma göre, ihale bedelinin değiştirilmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması öngörülmüştür. Ancak burada, değişikliğin gerçekleşebilmesi, Bakanın onayı ile değil, Yüksek Plânlama Kurulunun yetkilendirmesi ile gerçekleşebilecektir.

Bu cümle açısından yine, *"ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde"* ibaresi son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, yukarıda incelenen birinci ve ikinci cümleler açısından ifade edildiği üzere, ihalenin tamamlanmasından sonra, sözleşme şartlarında değişiklik yapılarak, ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen fıkranın dördüncü ve beşinci cümlelerinde Anayasaya açık bir aykırılık bulunmamakla beraber, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, fıkranın bir bütün olarak Anayasaya uygunluğu oylanıp değerlendirildiğinden, önceki cümlelere bağlı olarak bu cümlelerin de Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, 6527 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle değiştirilen, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2.

maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

II- Kanun'un 24. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası."İbareleri

Dava konusu ibareleri de içeren geçici 1. maddenin 1. fıkrası şu şekildedir;

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır."

Görüldüğü gibi, geçici 1. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde süreci başlatılan ihalelerin, yeni hükümlerde belirtilen usule göre değil, mevcut ihale şartlarına göre, yani kaldırılan ek 7. maddede öngörülen şekilde sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir. İptali istenen ibarelerin de yer aldığı ikinci cümlede ise, süreci başlatıldığı için kaldırılan ek 7. maddeye tâbi kılınan ihalelerde ve sözleşmesi imzalanmış işlerde, üst hakkı tesisine ilişkin hükümler, 3. maddenin 7. fıkrası ile 4. maddenin 9. fıkrasındaki hükümler istisna tutulmuş ve onlara da uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre, süreci başlatıldığı için ek 7. madde kapsamındaki ihalelere ve sözleşmesi tamamlanmış işlere de, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelenen 4. maddenin 9. fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

İptali istenen ibareler Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasaya uygun bulunup, iptal talebi reddedilmiştir.

İptali istenen ibarelerden ".üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile." kısmına ilişkin ret kararı kanaatimizce isabetli olmakla beraber; ". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibarelerinin iptali talebinin de reddedilmesi isabetli olmamıştır.

İptali talep edilen ". ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibareleri yukarıda incelediğimiz ve Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz, 4. maddenin 9. fıkrasına atıf yapmaktadır. O nedenle, yukarıda 1 numaralı başlık altında incelenen 4. maddenin 9. fıkrasına ilişkin Anayasaya aykırılık nedenleri burada da geçerlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6428 Sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ".ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası." ibarelerinin de Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mücbir sebep hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesi düzenlenmekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında "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 Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabileceğinin; ayrıca "yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağını anlaşılması hâlinde" bedelin, ihalede nihaî teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleneceğinin ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemelerin yapılacağını hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece anılan kural, mücbir sebep hâllerinde "sözleşmenin sona erdirilmesine" imkân vermekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında çok daha geniş bir şekilde sayılan sebeplerle ve "sözleşmenin sona erdirilmesine" değil, "sözleşme ile eklerinde ve yapım işlerinde bedelde değişiklik yapılmasına" imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

Kararda, 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında getirilen bu düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen şartlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip bir takdir yetkisi tanınmasının hukukî belirsizlik oluşturduğunun söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

Mücbir sebep ve olağanüstü hâl sayılabilecek olayların ve durumların genel hükümlere ve yargı kararlarına göre belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde yer verilen "sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde" ve "yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle" ibareleri, "mücbir sebepler" ve "olağanüstü hâller" ibarelerini anlamsız ve gereksiz hâle getirdiği gibi sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarını, hatta bütün fıkra hükmünü belirsiz hâle getirmekte ve keyfî uygulamalara açık görünmektedir. Söz konusu ibareler, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerin sözleşmelerinde ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelde değişiklik yapılmasına imkân verecek ve mücbir sebeplerin veya olağanüstü hâllerin bulunup bulunmadığını incelemeyi gereksiz kılacak genişlikte ve belirsizliktedir.

Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olduğundan ve keyfî uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, hukukî belirliliği de ifade etmekte; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması kaydıyla, mahkeme içtihatları ve düzenleyici işlemler ile de hukukî belirliliğin sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, dava konusu kuralın, gerekçede belirtildiği şekilde "muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak" açıklıktan ve netlikten uzak olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu sebeple yasama organının kanunî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamakta ise de, kanun koyucunun, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere uyması gerekmektedir.

Yasama organının 6428 sayılı Kanunu da kamu yararı amacıyla çıkardığı ve Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında, Mahkememizin önceki kararlarında vurgulanan şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ihale esaslarını bu amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu ilkeler olarak belirlediği görülmektedir.

Kararın gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacına dönük olduğu belirtilmekte ve Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde de yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmakla birlikte, bu sözleşmeler idare ile yükleniciler arasında sözleşme serbestisi kapsamında değil, Kanunun 3. maddesinde belirlenen "İhale ilke, usul ve esasları" çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin sonunda yapılmakta ve 4. maddesinde belirlenen şartlara da tâbi bulunmaktadır.

Bu sebeple, 4. maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliğin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekmektedir. Ancak, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde sözleşme şartlarının değiştirilmesine ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelin artırılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı yukarıda aktarılan belirsizliğin, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya da elverişli olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2- 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu Kanunun yürürlüğe girmesinden (9/3/2013 tarihinden) önce söz konusu projelerin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre başlatılan ve süreci devam eden ihalelere

bulunduğu safhadan itibaren 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin "belli istekliler arasında ihale esasları"nı belirleyen yedinci fıkrasının uygulanması öngörülmekte iken, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu hükmün yanında 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının da, üstelik süreci devam eden ihaleler yanında sözleşmesi imzalanmış olan işlere de uygulanmasına imkân verecek genişlikte bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla ilgili olarak yukarıda (1) numaralı şıkta belirtilen gerekçelerle dava konusu ibarelerin de belirlilik ilkesine uygun olmadığı ve adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek nitelikte olduğu için Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Üstelik, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kuralın, ihale öncesinde yüklenici ile aynı hukukî durumda bulunan, ancak Kanunun yürürlükteki hükümlerine, projelere ve diğer ihale şartlarına göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri bakımından adalet ve hakkaniyet ölçütlerine aykırılığı, kuralın geçici hüküm olması ve zaman itibarıyla etkisi yönünden anılan teklif sahipleri için telafi edilemeyecek niteliği sebebiyle çok daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

3- 6527 sayılı Kanunla 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen üçüncü fıkra, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten (1/3/2014'ten) önce 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükmüne bağlanmaktadır.

Bu hükmün iptali talebi de, anılan hükmün, ancak yargı kararlarının mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin mümkün olduğu işler bakımından uygulanabileceği, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptal edilmesi hâlinde bu hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağı, 6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlerin önemi, yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukukî olarak güvenli yatırımlara destek vermelerinden dolayı ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin düzeltilerek işlerin yürütülmesi amacıyla getirildiği anlaşılan kuralın hak arama özgürlüğüne, hukukî güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil etmediği gerekçeleriyle kabul edilmemiştir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında 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, Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınan, hukuku devletin bütün organlarına hâkim kılan, Anayasa ve hukuk kuralları ile kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlanmakta ve mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasama ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşan hukukî durumlara dokunamaması veya ortadan kaldıramamasının hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğu; aksi hâlde yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulünün gerekeceği belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasındaki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince

yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu tespitlere dayanarak, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve mahkemece verilen kararın uygulanmasını istemenin, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz şartı olduğunu; mahkemeye erişim hakkının, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirdiğini; mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacağını; hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerektiğini; yargı mercileri tarafından verilen kararların da, yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirmeyecek şekilde gecikmeksizin uygulanması gerektiğini; zira hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğini belirtmektedir (3/10/2013 tarihli ve E.2012/73, K.2013/107 sayılı Karar).

Özetlediğimiz ve katıldığımız bu belirlemelere rağmen iptal sonucuna katılmadığımız yukarıdaki kararın karşıoy gerekçesinde ifade edildiği üzere, yargı kararının konusundan kaynaklanan imkânsızlık veya uygulanamazlık hâlleri, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Hukukî ve fiilî imkânsızlık hâlleri yargı kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırabildiğinden, söz konusu durumlarda yargı kararlarının uygulanmamasında veya idarece belirlenecek şekilde uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirten yargı kararları da bulunmaktadır.

Oysa dava konusu kuralda ihale ve sözleşmelerin konusu olan işlerin tamamlanmış ve sonuç olarak geri dönülemeyecek durumların ortaya çıkmış olması gibi fiilî ve hukukî imkânsızlık hâllerinden söz edilmeden, hatta hiçbir şart öngörülmeden, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanarak, yargı kararına konu ihalelerin bu kararlardan etkilenmeyeceği ve ihaleyi alan yüklenicilerin her hâlükârda işe devam edecekleri ortaya konulmuştur.

Dava konusu kuralda yargı kararının kapsamına ilişkin herhangi bir şart öngörülmediğinden mezkûr hükmün, çoğunluğun red gerekçesinde ifade edildiği şekilde, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptali hâlinde uygulanamayacağı şeklinde anlaşılması da mümkün değildir.

Bu sebeplerle, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunu açan dava konusu kuralın Anayasanın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde anılan hükümlerin iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN