

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında iş deneyim belgesine sahip ilgililerin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları aranırken, itiraz konusu kuralda beş yıl ortaklığın aranmasının makul olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı	:	2015/40
Karar Sayısı	:	2016/5
Karar Tarihi	:	28.1.2016
R.G. Tarih-Sayı	:	10.2.2016 – 29620

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan ".beş yıldır." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir. **OLAY:** Davacının, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 43. maddesinin birinci fıkrasının iptali talebiyle açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur. **I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ** Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 62. maddesi şöyledir: "İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar Madde 62- Bu Kanun kapsamındaki idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce aşağıda belirtilen hususlara uyulması zorunludur:

1. a) Yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz.
1. b) Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkan verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır. (Ek ibare: 30/7/2003-4964/38 md.) Ancak ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.
2. c) (Değişik: 18/4/2007-5625/5 md.)Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli

hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir. Arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içmesuyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.

1. d) (Değişik: 30/7/2003-4964/38 md.) İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz.
1. e) (Değişik: 10/9/2014-6552/10 md.)İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı

hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır. 2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir. 3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.

1. f) İhale dokümanı hazırlanmadan ilân yapılamaz. İlân sürelerinin hesaplanmasında ilânın yayımlandığı gün dikkate alınır, ihale günü veya son başvuru günü dikkate alınmaz. 13 üncü maddede belirtilen ilân sürelerine uyulmak üzere, ilân yapılmasına kadar geçecek süre de gözönüne alınarak ilân yapılacak yerlere yeterli süre öncesinde ilân metinlerinin gönderilmesi zorunludur.

1. g) İhale için tespit olunan tarih tatil gününe rastlamışsa ihale, tekrar ilâna gerek kalmaksızın tatili takip eden ilk iş gününde aynı yer ve saatte yapılır ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir. İhale

saati çalışma saati dikkate alınarak tespit edilir. İlândan sonra çalışma saati değişse de ihale ilân edilen saatte yapılır.

1. h) (Değişik: 20/11/2008-5812/24 md.) İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine başvurularında, toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl, yüzyirmiikibinüçyüzseksen yedi Yeni Türk Lirası olarak hesaplanmak üzere 10 uncu madde kapsamındaki benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır. Bu süre iş deneyimi bulunan mimar ve mühendisler için uygulanmaz. Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın **beş yıldır** en az % 51 hissesine sahip olduğu (.) tüzel kişiler tarafından da kullanılabilir.

1) (Ek: 30/7/2003-4964/38 md.) Bu Kanunun 21 ve 22 nci maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz." **II- İLK İNCELEME**

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 22.4.2015 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. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından

hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayarılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğeryasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereğı görüşölüp düşünöldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

3. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, ihale konusu işi yapabilecek ehliyetteki ilgililerin ihalelere katılımının sağlanması amacıyla, ihaleye katılacak isteklilerde aranacak ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklere ilişkin belgelere yer verilmiştir. Bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendine göre ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin iş deneyim belgeleri, ilgilinin mesleki ve teknik yeterliğinin tespiti için ihaleye başvuru aşamasında gerekli olan belgelerden biridir. İş deneyim belgeleri; yapılan iş karşılığı bedel içeren tek bir sözleşmeye dayalı olarak, Kanun kapsamındaki idareler ile Kanun kapsamı dışındaki diğery kamu kurum ve kuruluşlarına (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) gerçekleştirilen işler için iş sahibi tarafından düzenlenmektedir.
4. Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında iş deneyim belgelerinin, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamayacağı, devredilemeyeceğı, kiraya verilemeyeceğı ve satılamayacağı, belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğinin yarısından fazla hissesine sahip olmalarının ve her ihalede bu oranın aranmasının ve teminat süresince de bu oranın muhafaza edilmesinin zorunlu olduğı hükme bağlanmıştır.

5. Yapım işleri sektörünün daha sağlıklı ve profesyonel olarak işlemesini sağlamak, yapım teknikleri konusunda akademik eğitim alan ve belli bir uzmanlık seviyesini kazanan mimar ve mühendislerin yapım işleri sektörüne geçişlerini kolaylaştırmak amacıyla Kanun'un62. maddesininbirinci fıkrasının (h) bendiyle, mühendis ve mimarlar yönünden yapım işi ihaleleriyle sınırlı olarak iş deneyim belgesinin bulunması zorunluluğuna istisna getirilmiş, iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine mezuniyet belgeleriyle başvurabilmelerine imkân tanınmıştır. Bilgilerinden istifade etmek, bu suretle kaliteli ve nitelikli yapım işlerini gerçekleştirmek amacı doğrultusunda mezuniyet belgelerinin de (iş deneyim belgelerinde olduğu gibi) hak sahibi tarafından kullanılması mecburiyeti öngörülmüş, söz konusu belgelerin başkaları tarafından kullanımı, devri, kiraya verilmesi veya satışı yasaklanmıştır.

6. Öte yandan kanun koyucu, bilgi ve sermayenin birlikte kullanımına imkân tanımak amacıyla62. maddenin birinci fıkrasının (h) bendinin üçüncü cümlesinde, iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine başvurularında benzer iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerinin, beş yıldır en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişiler tarafından da kullanılabileceğini hükme bağlamış olup söz konusu cümlede yer alan “.beş yıldır.”ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

B- İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, beş yıldır

en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişiler tarafından, lisans eğitime uygun yapıım işi ihalelerine yapılan başvurularda benzer iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerinin kullanılabileceğinin hükme bağlandığı, “beş yıl” ortaklık şartının aranmasının, mühendis veya mimarların yapıım işi sektörüne katılımını kolaylaştırmak biçimindeki hüküm gerekçesiyle bağdaşmadığı, “beş yıl” ortaklık şartı ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmadığı, bu hâliyle kuralın “orantılılık” ilkesini ihlal ettiğı, 4734 sayılı Kanun’un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında iş deneyim belgesine sahip ilgililerin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğın yarısından fazla hissesine sahip olmaları aranırken, itiraz konusu kuralda beş yıl ortaklığın aranmasının makul olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğı ileri sürülmüştür.

C- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

8. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına saygılı olan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.
9. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması

gerekir.

10. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve “orantılılık” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

11. Mezuniyet belgesini kullanacak tüzel kişi yönünden, mühendis veya mimarın belirli bir süre boyunca o tüzel kişinin belirli bir oranda hissesine sahip olma şartının öngörülmesi, salt mühendis veya mimarın mezuniyet belgesini kullanmak amacıyla yapılabilecek sembolik ortaklıkların önüne geçilmesi, teknik donanım ve ekonomik güce sahip şirketlerle yapım işi alanında akademik eğitim almış ve böylece belli bir uzmanlık seviyesine ulaşmış, mühendislik veya mimarlık diplomasına sahip kişilerin bilgisinin birleştirilmesi ve bunun sonucunda yapılan işin kalitesinin artırılması amacını gütmektedir. Bu amaç göz önünde bulundurulduğunda itiraz konusu kuralın, ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

12. İş deneyim belgesi, ihale konusu işle aynı veya benzer

bir işin daha önce yapılması hâlinde düzenleniyor olması nedeniyle iş deneyim belgesine sahip ilgili, yapım işi sektöründe faaliyet gösterdiğini, bu belgeyle ortaya koymaktadır. İlgilinin yapım işi sektöründe fiilen rol aldığıının ortaya konulmuş olması karşısında, bu belgenin, sembolik ortaklıklar kurulması suretiyle kötüye kullanılma ihtimali büyük oranda azalmaktadır.

13. Ayrıca iş deneyim belgesinin ihale konusu işe veya benzer işlere ilişkin olması gerekirken mezuniyet belgesinin, ihale konusu işe veya benzeri işlere ilişkin olma zorunluluğu bulunmayıp ihale belgesinde belirtilen lisans eğitime yönelik olmasının yeterli olması karşısında, iş deneyim belgesine göre çok daha geniş alanda uygulanma imkânı bulunmaktadır.

14. Bir kuralın orantılı olup olmadığının belirlenmesi, o kuralın yer aldığı düzenlemenin bir bütün olarak ele alınmasını ve diğer kurallarla ilişkisinin göz önünde bulundurulmasını gerekli kılar. Mühendis veya mimarların belirli bir süre boyunca ve belirli bir oranda hissesine sahip olduğu tüzel kişilerin, yapım işi ihalelerine başvurularında iş deneyim belgesi yerine mezuniyet belgelerinin kullanılabilmesine imkân tanıyan itiraz konusu kural, ilgililer lehine bir düzenleme getirmektedir. Kanun koyucunun, bu kapsamda getirdiği düzenlemenin sınırlarını belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Mühendis veya mimarların, 10. maddede ifade edilen temel kural gereğince iş deneyim belgelerini, en az bir yıldır yarısından fazla hissesine sahip oldukları tüzel kişilere kullandırmaları her zaman için mümkün olduğu gözetildiğinde, mühendis veya mimarların beş yıldır en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişilere iş deneyim belgesi yerine mezuniyet belgesini kullanabilme yönünde seçimsel bir imkân

tanıyan ve lehe düzenleme niteliği taşıyan itiraz konusu kuralın, bir bütün olarak ele alınıp temel kuralla yukarıda belirtilen farklılıkları da dikkate alındığında orantısız olduğu söylenemez.

15. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

16. Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

17. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan ".beş yıldır." ibaresine yönelik iptal talebi, 28.1.2016 tarihli ve E.2015/40, K.2016/5 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE, 28.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir. **V- HÜKÜM** 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan ".beş yıldır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.1.2016 tarihinde karar verildi.

BaşkanvekiliBurhan ÜSTÜN	BaşkanvekiliEngin YILDIRIM	ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR
-----------------------------	-------------------------------	--------------------

ÜyeSerruh KALELİ	ÜyeOsman Alifeyyaz PAKSÜT	ÜyeRecep KÖMÜRCÜ
------------------	------------------------------	------------------

ÜyeAlparslan ALTAN	ÜyeNuri NECİPOĞLU	ÜyeCelal Mümtaz AKINCI
--------------------	-------------------	------------------------

ÜyeErdal TERCAN	ÜyeM. Emin KUZ	ÜyeHasan Tahsin GÖKCAN
-----------------	----------------	------------------------

ÜyeKadir ÖZKAYA	ÜyeRıdvan GÜLEÇ
-----------------	-----------------

KARŞIOY GEREKÇESİ “Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” Türkiye Büyük Millet Meclisince (TBMM) 20.11.2008 tarih ve 5812 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 5.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun’un 24. maddesi ile 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesinin değiştirilen (h) bendinin iptali istenen son cümlesinin ve dolayısıyla “...beş yıldır...” ibaresinin “Kanun Tasarı”nda yer almadığı ve bu düzenlemenin TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonunca Tasarı metnine eklendiği anlaşılmaktadır. Anayasa’nın 88. maddesinde “Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir. Kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma 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 tasarısı 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 İçzüğü’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 esası 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 anlaşılabileceği üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonunda Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci 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 yapılıp yapılmadığı. hususları ile sınırlıdır." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti söz konusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın

belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği 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 İktüzük 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 İktüzüğü'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; anılan kuralın Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR	ÜyeSerruh KALELİ
--------------------	------------------

]]>