

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2013/89

Karar Sayısı : 2014/116

Karar Tarihi : 3.7.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 125 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 21.5.2013 tarihli ve 6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 4. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesinin;

a- İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki “bir” ibaresinin “iki” şeklinde değiştirilmesinin,

b- Üçüncü fıkrasına eklenen cümlelerin,

2- 12. maddesiyle, 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin,

Anayasa'nın 2., 5., 11., 17., 43., 44., 45., 50., 56., 60., 90., 138., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III. GEREKÇE

1- 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesinin Anayasaya Aykırılığı

21 Mayıs 2013 günü kabul edilen 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 29 Mayıs 2013 günü yayımlanan 28661 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

21 Mayıs 2013 günü kabul edilen 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 1. fıkrası ile 5510 sayılı Kanununun 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen “bir” ibaresi “iki” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu değişiklik sonucu iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması isteminde bulunulan Kanun Maddesi “Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dahil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık

sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin (Değişik ibare : 6486 - 21.5.2013 / m.4) "iki" katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir." şeklinde düzenlenmiştir.

6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 2.fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin 3. fıkrasına ek cümle eklenmiştir. İptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması isteminde bulunulan ek cümle "Ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınabilir. Ancak alınacak ilave ücret bir defada asgari ücretin iki katını geçemez. Bu oranları bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kurum bu fıkra kapsamında ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkilidir." şeklindedir.

a. 5510 Sayılı Kanununun 73 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesindeki Değişiklik Yönünden Anayasaya Aykırılık Nedenleri

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Kanunda; sağlık hizmetlerinden yararlanabilmenin ön koşulu olarak bir yıl içerisinde en az otuz gün prime esas gün sayısına sahip olmak, bağımsız çalışanlar için en çok 60 günlük prim borcu ile isteğe bağlı sigortalılarda prim borcu bulunmamak şeklinde sıralanmıştır.

Bu koşulların yanı sıra Yasanın 68 inci maddesinde katılım payı alınması da hizmetten yararlanmanın bir şartı olarak tespit edilmiş, 73 üncü maddede vakıf üniversiteleri dahil Sosyal Güvenlik Kurumu ile sözleşmeli bütün sağlık kuruluşlarından ilave ücret alınması, ilave ücretin miktarının Bakanlar Kurulu'nca belirleneceği düzenlenmiştir.

Bakanlar Kurulu 2008/13728 sayılı kararında ilave ücret miktarını sağlık hizmeti bedelinin %30'u, 2009/15627 sayılı kararında %70'i, 2012/2939 sayılı kararında %90'ı olarak belirlemiştir.

21 Mayıs 2013 günü kabul edilen 73 üncü madde değişikliği ile özel hastaneler, vakıf üniversitesi eğitim ve araştırma hastaneleri, tıp merkezleri ve poliklinikler gibi sağlık kuruluşlarına başvuran hastadan, Sağlık Uygulama Tebliğinde (SUT) belirlenen sağlık hizmeti ücretinin iki katı ilave ücret alınması öngörülmüştür.

Bakanlar Kurulu kararları ilave ücret miktarının sürekli artırıldığını, Yasa değişikliği ise sağlık hizmetine ulaşmanın daha pahalı bir hale getireceğini göstermektedir. Oysa sigortalılar kamu sağlık sigortasına, hastalandıklarında gerekli tedaviyi alabilmek için prim ödemekte, Yasa'da belirtilen diğer koşulları da yerine getirmekte, ancak sağlık hizmetlerine erişebilmek için yeniden bir ücret daha ödemek zorunda bırakılmaktadır.

Öyle ki hastanın başvurduğu bir vakıf üniversitesi hastanesinde örneğin apse veya hem atom drenaj işlemi yapılması gerektiğinde ücreti 150 lira olan bu işlem için300 lira da hasta ilave ödeme yapacaktır. Aynı hastanede hasta tonsillektomi (bademcik

ameliyatı) yaptırırsa bunun SUT ücreti 400 lira; hastanın ödeyeceği ilave ücret ise 800 lira olacaktır.

Sağlık hizmetinin niteliği ile uyumlu olmayan paralı ve pahalı hizmet sunumu iptali istenilen Yasa maddesi ile artarak sürdürülmüş, Bakanlar Kuruluna tanınan geniş yetki bu alandaki sağlık hizmetinin kamusal niteliği ile örtüşmeyen biçimde daha da genişletilmiştir.

Öte yandan Sağlık Uygulama Tebliğlerinde hastanın sağlık kurumlarına acil olarak başvurması halinde ilave ücret alınmayacağı düzenlemeyle birlikte bu durum acil durumlar dışında özel hastaneye başvurmanın, bu ücretleri ödemenin hastanın tercihi olduğu anlamına gelmemektedir.

Kamuoyunda "Tam Gün" Kanunu olarak adlandırılan, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun hükümleri ile Hekimler yönünden getirilen çalışma kısıtlamaları ve performansa dayalı ödeme sistemi sonucu kamu üniversitelerinin tıp fakültelerinden çok sayıda öğretim üyesi ayrılmış, Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelerde de hekimler ayrılma ve erken emekli olma durumunda kalmışlardır. Ayrıca 26 Ağustos 2011 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 650 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 40. maddesinde öğretim üyeleri hastalara tam ve tedavi hizmeti vermemek ve ek ödeme almamak kaydı ile mesai sonrası sağlık kuruluşlarında ya da muayenehanelerinde çalışabileceklerine yönelik bir düzenleme yapılmıştır.

Ayrıca kamuda bir hekimin günde 50-100 hatta 150 hastaya bakmasına neden olan, basamaksız sağlık sistemi uygulanması sonucu hasta muayene ve takibi neredeyse 5 dakika ile sınırlandırılmaktadır.

Bütün bu uygulamalar sonucu vatandaş özel sağlık kurumuna başvurmak durumunda bırakılmış, ardından buralara ödemesi gereken ilave ücretler büyük oranlarda arttırılmıştır.

Ayrıca Sağlık Uygulama Tebliğinde hastanın acil haller nedeniyle sağlık hizmeti sunucusuna başvurması ve acil halin sona ermesi halinde, acil halin sona erdiğine ve müteakip işlemlerin ilave ücrete tabi olduğuna ilişkin hastaya/hasta yakınına SUT eki "Acil Halin Sona Ermesine İlişkin Bilgilendirme Formu" kullanılacağı belirtilmektedir. Örneğin trafik kazası sebebiyle, acil olarak özel hastaneye yatırılan kişiye, en kısa zamanda, SUT ekinde düzenlenen formun imzalatılmasıyla yapılan her bir işlem için SGK'nun hastaneye ödediğinin iki katını da hastanın ödeyeceği açıktır.

Öte yandan dar ve sabit gelirli olan sigortalıların azımsanmayacak bir bölümünün yoksulluk sınırının altında olan ücretleriyle ilave ücreti karşılaması oldukça güçtür. DİSK-AR'ın Nisan 2013 raporunda 4 kişilik bir aile için açlık sınırı 1100 TL, yoksulluk sınırı 3478 TL olarak tespit edilmiş, Türk-İş'in Haziran 2013 raporunda ise dört kişilik ailenin açlık sınırı 1021,67 TL yoksulluk sınırı 3.327,91 TL olarak saptanmıştır. Bu raporlar toplumun geniş çoğunluğunun ilave ücreti karşılamakta zorlanacağını göstermektedir.

2013 yılı için asgari ücrette, ortalama artış yüzdesi 8,61,2013 yılı enflasyon tahmininin %5.3 olduğu dikkate alındığında ilave ücretin iki katına kadar artırılabilmesi, Bakanlar Kurulu kararlarında ilave ücretin oranına sürekli artış yapılması, Kanun maddesinde tanınan yetkinin kişinin gelirinden, ödeme gücünden bağımsız tespit edildiğini, sosyal ölçütlerin yok sayıldığını göstermektedir. Yasa'nın 73 üncü maddesinin ikinci

fikrasının birinci cümlesinde geçen "iki" ibaresi ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin kullanılması sağlık hakkını sosyal ölçütler gözetmeden pahalı bir hizmet niteliğine dönüştürmektedir. Öyle ki yılın ilk altı ayı için aylık 25 TL civarında bir zam alan asgari ücretle çalışan kişinin, kendisini, eşi veya çocuğunu özel sağlık kuruluşuna götürmek durumunda kaldığında yapılan artışın çok daha fazlasını ilave ücret olarak ödeyecektir. Nitekim sağlık hizmeti sunumundan yararlanacak vatandaşın tek ödemesinin ilave ücret olmadığı göz önüne alındığında toplamdaki ödemenin boyutu sağlığı bir hak olmaktan çıkarmaktadır.

Sağlık hizmetinin bütünselliği, basamaklandırılmış sağlık hizmeti dikkate alınarak bu durum incelendiğinde sigortalı önce birinci basamak sağlık kuruluşuna başvurup bu kurumdan üçüncü basamağa sevk edildiğinde muayene katılım payı olarak 5 TL'lik ödemeyi ilk elden yapmış olacak, ayrıca muayene katılım payı her bir poliklinik muayene ücreti için ayrı ayrı hesaplanacaktır. Ayakta tedavide sağlanan ilaçlar için de ilaç bedelinin %10'u veya %20'si tutarında ayrıca katılım payı ödenecek, üç ilaca kadar 3 TL daha fazla olması halinde ilaç başına 1 TL ödeyecektir. Kronik hastalıklar için gidilen rutin muayenede başka bir hastalık çıkması durumunda ise bunun için ayrıca muayene ücreti alınmaktadır. Yani kan kanseri olan birinin nezle olduğu o muayenede tespit edilirse bunun için muayene katılım payı alınacak, bu kapsamda yazılan ilaçlar da katılım payına tabi olacaktır.

Kaldı ki ilaç dışında tıbbi malzeme reçete edilmesi halinde bu malzemenin %10 veya %20'lik kısmı da yine kişi tarafından karşılanacaktır. Tıbbi malzemelerde katılım payının tutarı, alındığı tarihteki brüt asgari ücretin yüzde yetmiş beşini geçemeyeceği ifade edilmesine rağmen yüzde yetmiş beşlik üst sınırın hesaplanmasında her bir protez ve orteز bağımsız olarak değerlendirilip, toplam bedeli yerine her birinin bedeli esas alınmaktadır.

Bunların yanı sıra kamuda otelcilik ve istisnai sağlık hizmetlerinden ilave ücret alındığı, özelde ise sağlık hizmetlerinin tümüne yakınından ilave ücret alınabildiği düşünüldüğünde sağlık hizmetinin her bir adımının parçalara ayrılıp paralı hale getirildiği böylece toplamda gereksinim duyulan sağlık hizmetinden yararlanmanın ne kadar pahalı hale getirildiği ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda sistem bir ilave ücret ödenmesini öngörmemekte sigortalının maaşının, aylık kazancının belki de daha fazlasının hizmetten yararlanma karşılığında geri alınmasını istemektedir.

Nitekim cepten sağlık harcamalarının yıllar içindeki değişimi ABD Doları cinsinden hesaplandığında şu şekilde bir tablo oluşmuştur;

Yıl	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08*
Milyar dolar	3.77	3.81	2.44	2.57	3.09	4.15	6.03	6.79	8.53	9.76

(TÜİK, Haber Bülteni, 22.2. 2010'dan hesaplanmıştır)

Bu veriler sağlık hizmetinin finansman giderlerinin karşılanmasında korunan kimselerin katkıda bulunmalarını aşan bir durumun yaratıldığını ortaya koymaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu verilerine göre, Aralık 2010 itibarıyla nüfusun yüzde 83'ü (60 milyon 142 bin kişi) sosyal sigorta kapsamı altındadır. Bu rakama 9 milyon 395 bin yeşil kartlı sayısı da eklendiğinde toplam 69 milyon 537 bin kişinin (nüfusun yüzde 96'sı) teorik olarak kapsam altında, 3 milyon 24 bin kişinin ise kapsam dışında olduğu

görülmektedir. Ancak aynı dönemde kendi hesabına çalışanların (Bağ-Kurluların) yüzde 63.1'i borç nedeniyle sağlık hizmetine ulaşamamaktadır. Bu ise 2 milyon 170 bin aktif sigortalı ile yaklaşık 3 katı tutarındaki bağımlıları da dikkate alındığında 8 milyon kişi etmektedir. Bu durumda fiili olarak yaklaşık toplam 11 milyon kişi (nüfusun yüzde 15'i) kapsam dışındadır. Öte yandan aynı tarihlerde yaklaşık 10 milyon kayıt dışı çalışan ve 3 milyon civarında işsiz bulunmaktadır. Ayrıca bunların bağımlılarının da dikkate alınması gerekmektedir.

Sağlık hizmetine ilişkin sağlık Bakanlığı'nın MEDULA sistemine kayıtlı kişi sayısı 35-40 milyon arasında seyretmektedir. Sağlık hizmetine erişimin paralı ve pahalı nitelik kazanmasının hizmete erişimi olumsuz yönde etkilediği göz önüne alındığında halihazırda nüfusun sadece yarısının sağlık hizmeti aldığını ifade etmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin 21.10.1986 gün ve 1986/16E.-1986/25K. Sayılı kararında "...İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki eşitliği bozan bir kuralın varlığı ancak o kuralın 'kamu yararına' veya 'haklı bir nedene' dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir" denilmiştir. Kararda eşitlik ilkesinin "kamu yararı" ya da "haklı bir nedene" dayanma halinde zedelenmeyeceği kabul edilmiştir.

Bu bağlamda Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşmede vurgulanan "bu iştirake taalluk eden esasların ilgiliye ağır bir yük teşkil etmeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiği" ibaresinin Yasa maddesinde dikkate alınmadığı açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararında "Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kurumları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır" denilmiştir.

İlave ücretin üst sınırının SUT'ta belirlenen sağlık hizmeti ücretinin iki katına çıkarılması Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararına da aykırıdır. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında "Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin" Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 102 sayılı Sözleşmesi'nin 10. maddesinde, sağlık yardımıdan faydalananlar veya bunların aile reislerinin, hastalık halinde yapılacak sağlık yardımı masraflarına iştirak ettirilebileceğinin belirtildiğine, bunun ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesinin öngörüldüğüne ve Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesine göre de korunan kimselerin doğrudan katkıda bulunmalarının olanaklı olduğuna değinmiş, Türkiye'nin belirtilen iki sözleşmeye de katılarak onayladığını ifade etmiş, dava konusu kuralı kamu görevlileri dışında kalan sigortalılar yönünden Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.1

Bu kapsamda belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararından sonra yukarıda gelişimini aktardığımız ilave ücrete ilişkin Yasa ve yasa altı düzenlemelerindeki değişiklikler ek ödemeye yeni bir özellik kazandırmış, Anayasa Mahkemesi'nin kararında genel anlamı ile yer alan "ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilme" kısıtı göz ardı edilmiş, hizmetten yararlanan kişinin

¹ Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/111, K.2006/112 sayılı 15.12.2006 günlü kararı

ödeme durumunun olup olmaması göz önünde bulundurulmamış, belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlara ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir.

Böylelikle, 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 1.fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen "bir" ibaresinin "iki" şeklinde değiştirilmesi ile 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi yeni bir nitelik kazanmıştır. 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi sigortalı hastaların sağlık hizmetlerine erişimini kısıtlayacak önemli değişiklikler içerdiğinden, bu haliyle, Anayasa'nın temel ilkelerinden sosyal devlet ilkesiyle tamamen çelişmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzurunu gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşamaları ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir. Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alır ve teşkilatı kurar." kuralına yer verilmiş olup maddede, sosyal güvenlik, bireyler yönünden "hak", Devlet yönünden "ödev" olarak öngörülmüştür. Anayasa koyucu, Devlet'i yalnızca sosyal güvenliği sağlayacak önlemleri almak ve gerekli örgütü kurmakla görevlendirmemiş, aynı zamanda bunu Devlet'in yükümlülüğü olarak düzenlemiştir. Sosyal güvenlik hakkının, yurttaşlarının sosyal durumuyla ilgilenen, onlara insanlık onuruna yaraşır asgari yaşama düzeyi sağlayan "sosyal devletin gereği ve zorunlu sonucu olduğu, sosyal güvenliğin sağlanmasının Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi sosyal hukuk devletinin "sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlet" olduğunu vurgulamış ve bunun "insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamlarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren" devlet olmanın bir sonucu olduğunu belirtmiştir.²

Toplumsal faydayı temel alması zorunlu olan kamu hizmetlerinin kamusal niteliği yararlanma ve bedel ödeme ilişkisinin piyasadaki anlamda iradi bir alım satım ilişkisi olarak kurulmasını engellemektedir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, iktisadi nitelikte olmayan temel hizmetlerde ekonomik alan dışında kaldığı için, kazanç sağlama amacı olmasını Anayasa'nın sosyal devlet ilkesine aykırı görmektedir. Bu nedenle ilave ücrete ilişkin düzenleme bu haliyle Anayasa Mahkemesi kararını ve sosyal devlet ilkesini ihlal eder hale gelmiştir. Sürekli ve pahalı bir nitelik kazanan ilave ücretin sağlık hizmeti bedelinin 2 katına kadar alınabilmesinin öngörülmesi de Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine aykırıdır.

Kaldı ki sosyal haktan yararlanma bakımından zaman içerisinde sürekli iyileştirmelerde bulunulması gerektiği, ekonomide iyiyeye gidişlerden söz edildiği dikkate alındığında sosyal haklarda hak sahipleri aleyhine uygulamalar yapılması, ilave ücretin üst sınırının sürgüt biçimde artırılması da Anayasa Mahkemesi'nin E.2006/111 sayılı dosyadaki kararındaki "ilgiliye ağır bir yük getirmeyecek şekilde tespit edilmesi" ölçütünün göz ardı edildiğini doğrulamaktadır. Ayrıca, sadece sağlık hakkı bakımından değil, sosyal hakların

² AYMK., 22.11.2007, E.2004/114, K.2007/85.

birçoğunda da devletin bu haklara katkısı yeterli olmadığı gibi, iyileştiği ileri sürülen ekonomiye paralel olarak bu haklarda daha da iyileştirmeler yapılması gerektiği halde, Devlet'in katkısı sürekli azaltılmakta ve ilgililere ek yükümlülükler getirilmektedir.

Anayasanın 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 ilkeleri ile bağdaşmayacak surette, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." şeklinde tanımlanmıştır. İptali istenen kural, Devletin kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama görevine ters düştüğünden Anayasanın 5 inci maddesine aykırı olduğu açıktır.

Anayasa 5. maddesindeki düzenlemede, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışırken, mutlak bir ekonomik ve sosyal eşitlik anlayışından değil, nisbi bir fırsat eşitliğinden hareket edilmesini öngörmektedir. Nitekim ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olarak devletin ödevi, "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği" şeklinde ifade edilmiştir (m. 65).

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından da sosyal devlet ilkesinden, emek-sermaye dengesi, çalışanların insanca yaşamaları, işsizliğin önlenmesi ve ulusal gelirin adaletli dağıtılması gibi unsurların ön plana çıktığı anlaşılmaktadır.³

Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 65. maddesindeki düzenlemeyi yorumlarken, ekonomik gelişmişlikten hareketle devleti yönetenlerin, ekonomik ve sosyal haklar bakımından tamamen keyfi hareket edemeyeceklerine işaret etmiştir. Örneğin, Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkı ile 17. maddesinde yer alan, "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma" hakkı birbiriyle çok yakın bağlantılıdır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler" denilerek devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir.

Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler önem dereceleri göz önünde bulundurularak Anayasa'da yer almıştır. Bu bağlamda sağlık hizmetleri, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgilidir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da cayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

³ AMK, T.26-27.9.1967, E.1963/336, K.1967/29, AMKD, Sayı: 6, s.26-27; AMK, T. 18.2.1985, E. 1984/9, K.1985/4, AMKD, Sayı: 21, s.59; AMK, T.21.10.1986, E. 1986/16, K.1986/25, AMKD, Sayı: 22, s.290 vd.; AMK, T.26.10.1988, E.1988/19, K.1988/33, AMKD, Sayı: 24, s.451 vd..

Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden de farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan sağlık hizmetlerine erişim de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda 'yaşama yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını' ortadan kaldıran düzenlemeler" yapamaz.⁴

Nitekim, Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşam hakkı, 56. maddesindeki sağlığın korunması hakkı ve 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı ile ilgili düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetine gereksinim duyan bireyin ilave ücret de dahil olmak üzere para ödeyememesi, kendisine bu hizmetin verilmesi önünde engel olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin sağlık işletmeleriyle ilgili E.1987/16 sayılı dosyadan verdiği kararda da "Ancak, gelir düzeyi ne olursa olsun belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması ya da onlar adına ödenmesi olanakları da uygulamaya konulması" gerektiği ifade edilerek devletin sorumluluğu somut olarak gösterilmiştir.⁵ Sağlık hizmetinden yararlanmanın sisteme cepten ödeme yapılma ön koşuluna bağlı tutulmasının toplum sağlığı üzerinde yarattığı sonuçları ele alan bilimsel çalışmalarda ise maliyet paylaşımı sisteminde olan kişilerin, özellikle yoksulların, ayaktan sağlık hizmeti almak için sağlık kurumlarına daha az başvurdukları, hekime daha az gittikleri gösterilmiştir.⁶

Oysaki sağlık hizmetinin örgütlenişi ve sosyal güvenlik hakkı sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden olup, sosyal hakların devletçe tanınmış olması önemli ama tek başına yeterli olmayan bir ölçüttür. Bu hakların gerçekleşmesi için devletin olumlu edimde bulunması, oluşturulacak kuralların Anayasa'nın özüne ve sosyal hukuk devleti ilkesine uygun olmasına bağlıdır. Bu sonuçtan hareketle yasal düzenlemelerin, "yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin E.1990/27, K.1991/2, sayılı Kararında:

"Anayasanın 17 nci maddesinin ilk tümcesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..." biçimindedir. Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlayacak olan kuruluşların yasal düzenlemeleri "yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekir. İptali istenen

⁴ AMK, T.17.1.1991, E.1990/27, K.1991/2, AMKD, Sayı: 27, Cilt: 1, s.13-39.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin E.1987/16, K.1988/8 sayılı 19.4.1988 günlü kararı

⁶ Prof. Dr. Cem Terzi Amerika Birleşik Devletleri Sağlık Sistemi DEÜTF Genel Cerrahi AD İzmir

kural, "maddi ve manevi varlığı koruma haklarını" zedeleyen bir nitelik taşıdığından Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasına da aykırıdır.

Anayasanın 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrası devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi vermiştir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilirken, bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenleme niteliği taşıyan iptali istenen yasal düzenleme Anayasanın 56. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırıdır.

6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 1.fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen "bir" ibaresinin "iki" şeklinde değiştirilmesi, Anayasa'nın 2., 5., 17/1., 56/3 ve 60.maddelerine aykırı olduğundan iptali istenmektedir.

b. 5510 Sayılı Kanunun 73 üncü Maddesinin 3 üncü Fıkrasına Eklenen Ek Cümle Yönünden Anayasaya Aykırılık Nedenleri

6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 2.fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin 3. fıkrasına ek cümle eklenmiştir. İptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması isteminde bulunulan ek cümle "Ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınabilir. Ancak alınacak ilave ücret bir defada asgari ücretin iki katını geçemez. Bu oranları bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kurum bu fıkra kapsamında ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkilidir." şeklindedir.

Kamu sağlık kurumlarında sunulan sağlık hizmetleri için istisnalar dışında ilave ücret talep edilemeyeceği belirtilmişken yapılan değişiklikle, üniversite öğretim üyelerinden mesai saati dışında hizmet alınması ilave ücret ödenmesi koşuluna bağlanmaktadır. Bu ilave ücretin miktarının, SUT ile belirlenen sağlık hizmet bedelini aşmayacak şekilde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi ve bir seferde ödenecek ilave ücretin asgari ücreti geçemeyeceği ifade edilmiştir.

Tıp ve tıpta uzmanlık eğitiminin ayrılmaz bir parçasını oluşturan hizmet sunumunda öğretim üyesinin doğrudan yer alması, hastanın parasal gücüne göre değil hastalığın tedavisinin öğretim üyesinin sahip olduğu ileri düzeyde bilgi ve beceriyi gerektirmesi ya da tedavinin öğrenci ve asistanlara öğretilmesinde öğretim üyesine duyulan ihtiyaca göre belirlenmesi gerekir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, üst düzey eğitim verilen ve ileri sağlık hizmeti üretilen kurumlardır. Tıp fakültelerinin eğitim ve araştırma gibi temel akademik işlevi, yürütülen sağlık hizmeti işlevi ile farklı bir boyut kazanmakta ve böylece eğitim, araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği, iç içe geçtiği bir alan ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle üniversitelerde tedavi hizmeti de üretilse esasen eğitim ve bilim alanlarında sonuçlar elde etmek amaçlanmaktadır.

Üniversite öğretim üyelerinden mesai saati dışında hizmet alınması bu amaçla örtüşmemektedir.

Diğer yandan üniversiteler, bütçeden ayrılan eğitim öğretim ve araştırma paylarının çok azaltılması, sağlık hizmet bedellerinin düşürülmesi, sağlık hizmeti sunumuna bağlı performans dayalı ödeme sisteminin getirilmesi ile daha çok sağlık hizmet sunumunu temel alan bir yapıya dönüştürülmektedir. Öğretim üyesini, normal mesai sonrasında sağlık hizmetinde uzun çalışmaya yönlendirmek, bir yandan öğretim üyesini eğitimden uzaklaştırırken diğer yandan sağlık hizmetinin azami özen ve dikkat isteyen doğasına da aykırıdır.

Bilindiği üzere üniversitenin temel amaç ve hedefi çok hizmet sunup gelir elde etmek değil iyi eğitim-bilimsel çalışma ve ileri düzeyde sağlık hizmeti vermek olmalıdır. Üniversitelerin özzerklüğünü zedeleyecek biçimde mali olarak zor durumda bırakan kurallarla birlikte hizmet sunumunu hastadan para kazanmaya bağlı hale getirmek, bu paradan öğretim üyesine adeta bir "pay" vermek hekim etiği üzerinde olumsuz sonuçlara yol açacaktır. Bu durum üniversitelerin tarihsel niteliği ile de örtüşmemektedir.

Ayrıca döner sermayeden ek ödeme yapılmasına ilişkin düzenlemeler sebebiyle, hastadan alınacak ilave ücretin ancak küçük bir kısmı hizmeti doğrudan sunan öğretim üyesine ödenecektir. Ancak hasta, cebinden çıkan ilave paranın sorumlusu olarak öğretim üyesini görebilecektir. Bu durumun hasta hekim ilişkisini de bozacağı sağlık ortamdaki şiddeti artıran etkilerden birini oluşturacağı da açıktır.

Hastalardan alınacak ilave ücretlerden öğretim üyesine ödenen miktar hiçbir şekilde emekliliğe yansımamaktadır. Böylece emekli olmayı isteyen öğretim üyeleri yaşam standartlarındaki ani ve keskin düşüş nedeniyle emekli olmaktan vazgeçmekte veya zorunlu olarak emekli olanlar özel sektörde çalışmaya devam etmektedir.

Öğretim üyelerinden beklenen hizmet öncelikle eğitim ve araştırma hizmetleri olmalıdır. Öğretim üyelerinin yapacakları uygulama (hasta hizmeti) işlemleri de bu iki amaca hizmet etmelidir. Yani öğretim üyeleri hasta muayene, tedavi ve/veya ameliyat işlemleri sırasında öğrenci/asistan eğitmeli ve dünya tıbbına hizmet edecek araştırmalar yapmalıdır. Ancak yaptığı iş başına ücret alan öğretim üyesi asli amaçlarından ve görevlerinden uzaklaşmaktadır. Mesai sonrası yapılacak olan tıbbi hizmetlerde yeterinde öğrenci/asistan yetiştirmek mümkün olmadığı gibi, öğretim üyelerine verilecek cüzi ek ücretlerle öğretim üyelerinin yaşam koşullarını düzeltmek mümkün değildir. Öğretim üyelerine ödenecek ücret, emekliliklerine de yansiyacak şekilde ve temel ücret şeklinde ayarlanmalıdır.

Bununla birlikte yarı zamanlı olarak görev yapan doktorların hastanelerde ve üniversitelerde aynı anda çalışabilmesinin önü açılarak, Kamu üniversitelerinde "öğretim üyesinden sağlık hizmeti" adı altında vatandaşlara ücretli sağlık getirilmektedir. Sağlık hizmetlerinin finansmanı büyük ölçüde hastaya yüklendiği ve gereksinim duyan hastaların parası olmadığı için ulaşamadığı, ya da koşullarını fazlasıyla zorlayarak ulaşabildiği bir sistem ise sosyal devlet ilkesini ihlal edecektir. Bu nedenle öngörülen düzenleme Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesini zedelemektedir.

Kaldı ki mesai sonrası sunulacağı belirtilen öğretim üyelerinin vermesi öngörülen sağlık hizmetlerinin pek çoğu bir ya da birden fazla diğer sağlık çalışanlarının katılımını gerektiren ekip hizmetleridir. Yapılan düzenleme ile bu ekipte yer alacak kişilerin de çalışma süreleri uzatılmakta ve çalışma koşulları ağırlaştırılmaktadır. Günlük yoğun çalışma temposu, yüzyılın başında yasaklanan bir çalışma biçimidir ve Anayasanın 50 nci

maddesinin üçüncü fıkrasıyla güvence altına alınan “dinlenmek çalışanların hakkıdır” ilkesine de aykırıdır. Anayasanın 50 nci maddesinin gerekçesinde, “Dinlenme çalışanların hakkıdır. Bu hem çalışanın bedenen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir” denilmek suretiyle, dinlenme hakkının önemi vurgulanmıştır. Dolayısı ile yapılmış olan düzenleme öğretim üyelerinin çalışma koşullarını ağırlaştırdığı için Anayasanın 50. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

Sonuçta 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına eklenen ek cümle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesine ve 50. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır. Bu nedenle iptali istenmektedir.

2. 6486 Sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesinin Anayasaya Aykırılığı

29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6486 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi ile 09/08/1983 tarihli ve 2872 sayılı “Çevre Kanunu”na Geçici 3 üncü madde olarak eklenen hüküm şöyledir;

“GEÇİCİ MADDE 3- 23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.”

29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6486 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi ile 09/08/1983 tarihli ve 2872 sayılı “Çevre Kanunu”na eklenen Geçici 3 üncü madde hükmü ile 23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışında tutulması öngörülmüştür.

a) İptali İstenilen Hüküm İle Getirilen Muafiyetlerin, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliklerinde ve Çevre Kanunundaki Tarihsel Seyri

Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Kavramı, 09/08/1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesi ile çevre mevzuatımıza girmiş ancak Kanununun 31. Maddesi uyarınca, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç 5 ay içerisinde çıkarılmasını emrettiği ÇED Yönetmeliği, ihmal ve gecikmeler sonucu ancak 07/02/1993 tarihinde, bir diğer ifade ile yaklaşık 10 yıl sonra yayınlanabilmiştir. Yayınlanan ilk Yönetmeliğin Geçici 3. maddesi ile, 07/02/1993 tarihli ÇED Yönetmeliği yürürlüğe girmeden önce onay, ruhsat, izin, kamulaştırma kararı alınmış projeler ÇED sürecinden muaf tutularak bu 10 yıllık gecikmeden kaynaklanan ihmale yasal kılıf uydurularak 07 Şubat 1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya Çevre Mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya ilgili mevzuat gereğince yer seçimi yapılmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış faaliyetler çevresel etki değerlendirme sürecinden muaf tutulmuştur.

Oysa ki, 1993 senesinden 2013 senesine kadar sürekli değiştirilen ÇED Yönetmeliği'nin geçici maddelerine "Kapsam Dışı Projeler" in eklenmesi, Çevre Yasası'nın 10.maddesinin lafzına ve ruhuna, Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED)sürecinden beklenen hedef ve amaçlarına aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmiş, gerek uygulamada gerekse de akademide birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu Yönetmelik düzenlemeleri ile 1983 yılında çıkarılan ve ÇED düzenlemesi getiren Çevre Kanununun amir hükümleri, aradan 30 yıl geçmesine karşın Yönetmelik hükümleri ile sayısız kez bertaraf edilmeye çalışılmış, ancak Yönetmelik hükümleri ile ilgili Danıştay'ın verdiği iptal kararları çilamayıp projelerin muafiyeti ortadan kaldırılınca Danıştay 14. Dairesi'nin 10/01/2013 tarihli 2011/13522 E., 2013/4 K. sayılı kararının tebliğ alındığı tarihte davanın davacıları Ekoloji Kolektifi Derneği ile Tarım Orman Çevre ve Hayvancılık Hizmet Kolu Emekçileri Sendikası tarafından kamuoyuna duyurulması ile harekete geçilmiştir. Bakanlık, konunun kamuoyunda tartışılması ile birlikte yayınlanmak üzere elde hazır bekletilen yeni Yönetmelik değişikliğini Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'ne göndermiş ve yeni değişikliğin 05/04/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmasını sağlamıştır. 05/04/2013 tarihinde yayınlanan Yönetmelik hükmü bu konuda verilen Yüksek Yargı kararlarına aykırı şekilde yürürlüğe konulmuştur.

Bu Yönetmelik hükmüne de daha önce dava açan meslek örgütleri ile sivil toplum kuruluşları tarafından aynı gün dava açılması üzerine bu kez Yönetmeliği yasa metni haline getirerek koruma sağlama düşüncesi ile 05/04/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Yönetmelik hükmü ile getirilen düzenleme, 29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi ile 09/08/1983 tarihli ve 2872 sayılı "Çevre Kanunu"na Geçici 3 üncü maddesi olarak eklenmiş ve düzenlemeye kanun gücü ile yeni bir zırh kazandırılarak yargısal denetimin önüne geçilmek istenilmiştir.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyetine ilk kez 7/2/1993 tarih ve 21489 sayılı Resmi Gazete yayınlanan ÇED Yönetmeliğinin geçici 1. maddesinde yer verilmiş olup, şöyle düzenlenmiştir.

"Geçici Madde 1: 07 Şubat 1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya Çevre Mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya ilgili mevzuat gereğince yer seçimi yapılmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış faaliyetlere bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz" (7/2/1993 tarih ve 21489 sayılı Resmi Gazete)

Bu yönetmelik 1983 tarihli Çevre Kanunu'nun 10 maddesine dayanılarak, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 5 ay içinde (m.31) çıkarılması gerekirken 10 yıl sonra 7/2/1993 tarihinde çıkarılarak yürürlüğe sokulmuş ve aradaki 10 yıl için 7/2/1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya Çevre Mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya ilgili mevzuat gereğince yer seçimi yapılmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış faaliyetlere geçici 1. Madde ile ÇED yönetmeliği hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyeti ile ilgili ikinci düzenleme 23/6/1997 tarih ve 23028 sayılı Resmi Gazete'de Geçici 1. Madde ve 2. Madde olarak yayınlanmıştır.

Geçici Madde 1: 07 Şubat 1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya Çevre mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya ilgili mevzuat gereğince yer seçimi

yapılmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış faaliyetlere bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.

Geçici Madde 2: Bu Yönetmeliğin yayımından önce güzergah belirlenmesini gerektiren faaliyetlerden ilgili mevzuat gereğince güzergahı belirlenen veya yatırım programına alınan petrol ve gaz boru hatları, enerji nakil hatları, otoyollar, ekspres yollar, devlet yolları ve il yolları faaliyetlerine bu yönetmelik hükümleri uygulanmaz. (23/6/1997 tarih ve 23028 sayılı Resmi Gazete)

Görüleceği üzere, ÇED muafiyetinin kapsamı bu Yönetmelik değişikliğinin birinci maddesi ile 1993 tarihli düzenleme aynen korunmuş, düzenlemeye eklenen geçici 2. Madde ile 23/6/1997 tarihli Yönetmeliğin yayımından önce güzergah belirlenmesini gerektiren faaliyetlerden ilgili mevzuat gereğince güzergahı belirlenen veya yatırım programına alınan petrol ve gaz boru hatları, enerji nakil hatları, otoyollar, ekspres yollar, devlet yolları ve il yolları faaliyetleri açısından ÇED yönetmeliği hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyetine ilişkin üçüncü düzenleme 6/6/2002 tarih ve 24777 sayılı Resmi Gazete 'de Geçici 4. Madde olarak yayınlanmıştır.

Geçici Madde 4:7/2/1993 tarihinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelere ve bu tarihten önce üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen faaliyetlere bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz. (6/6/2002 tarih ve 24777 sayılı Resmi Gazete)

Görüleceği üzere, ÇED muafiyetinin kapsamı 1993 tarihli düzenlemeye ek yapılan 1997 tarihli düzenlemenin ruhuna uygun olarak korunmuş, 7/2/1993 tarihinden önce üretim ve/veya işletmeye başlayan faaliyetlerin belgelenmesi kaydıyla bu faaliyetlere ÇED yönetmeliği hükümlerinin uygulanmayacağı ise ilk kez düzenlenmiştir.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyetine ilişkin dördüncü düzenleme 16/12/2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete 'de Geçici 3 üncü madde olarak yayınlanmıştır.

Geçici Madde 3- 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelere ve bu tarihten önce üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen faaliyetlere bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz. (16/12/2003 tarih ve 25318 sayılı Resmi Gazete)

Bu düzenleme ile ÇED muafiyetinin kapsamı 2002 tarihli düzenlemedeki şekli ile aynen korunmuştur.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyetine ilişkin beşinci düzenleme, 16/12/2004 tarih ve 25672 sayılı Resmi Gazete 'de Geçici 3 üncü madde olarak yayınlanmıştır.

Geçici Madde 3- 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce uygulama projeleri onaylanmış, çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış, yatırım programına alınmış, mevzi imar planları onaylanmış projelere, bu tarihten önce üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen faaliyetlere 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz. (16/12/2004 tarih ve 25672 sayılı Resmi Gazete)

Bu düzenleme ile ÇED muafiyetinin kapsamı, 2002 tarihli düzenlemedeki şekli ile aynen korunarak, bu faaliyetlere ÇED yönetmeliği hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne ek olarak ilk kez getirilen düzenleme ile bu faaliyetler açısından 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı tutulmuştur.

İptali istenilen geçici 3. madde ile yasa metni haline getirilen ÇED muafiyetine ilişkin altıncı düzenleme, 17/7/2008 tarih ve 26939 sayılı Resmi Gazete'de Geçici 3 üncü madde olarak yayınlanmıştır.

Geçici Madde 3- (1) 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelere veya bu tarihten önce üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz. (17/7/2008 tarih ve 26939 sayılı Resmi Gazete)

17 Temmuz 2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ÇED Yönetmeliği'nin Geçici 3. Maddesinin yürütmesi, TMMOB Çevre Mühendisleri Odası'nın açtığı davada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 7.10.2010 tarihli ve 2010/968 itiraz nolu kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin 15.1.2009 günlü, E:2006/99, K:2009/9 sayılı kararına ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere atf yapılarak düzenlemenin "7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce uygulama projeleri onaylanmış, çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış, yatırım programına alınmış, mevzi imar planları onaylanmış projeler" yönünden durdurulmasına, "üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projeler" yönünden ise yürütmenin durdurulması talebinin reddine karar verilmiş; bu kararın ardından Danıştay 6. Dairesi'nin 02.02.2011 tarihinde 2008/8999 E., 2011/165 K. Kararı ile geçici 3. Madde ile ilgili düzenleme, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 7.10.2010 tarihli ve 2010/968 itiraz nolu kararı doğrultusunda kısmen iptal edilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yürütmeyi durdurma, Danıştay 6. Dairesinin iptal kararı sonrasında geçici 3. Maddesinde 14 Nisan 2011 tarih 27905 sayılı Resmi Gazete'de aşağıda belirtilen şekilde yeni bir değişiklik yapılmış ve Danıştay'ın 7/2/1993 tarihinden önceki muafiyetlerin geçersiz olduğuna dair tespiti adeta yok sayılarak bu tarih 17/7/2013 ve 17/7/2015 tarihlerine kadar aşağıdaki şekilde genişletilmiştir.

"Geçici Madde 3 - (1) 7/2/1993 tarihli ve 21489 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinden önce;

a) Üretime ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere,

b) Uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelerden

1) Bu Yönetmeliğin EK-I Listesinde yer alan projeler için 17/7/2015 tarihine,

2) EK-II Listesinde yer alan projeler için 17/7/2013 tarihine kadar yatırımına başlanmış projelere,

Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.”

14/4/2011 günlü, 27905 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 1. maddesinin b bendi, Danıştay 14. Dairesi’nce Ekoloji Kolektifi Derneği ile Tarım Orman Çevre ve Hayvancılık Hizmet Kolu Emekçileri Sendikası’nın açtığı davada 10/01/2013 tarihinde 2011/13522 E., 2013/4 K. sayılı ve TMMOB Çevre Mühendisleri Odası’nın açtığı davada 2011/11139 E., 2013/8 K. Kararı ile bir kez daha iptal edilmiş, düzenlemenin üretime ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projeler ile ilgili a bendi yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Danıştay 14. Dairesinin kapsamlı iptal gerekçelerinde 17/7/2008 günlü, 26939 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Yönetmeliğin geçici 3. maddesine yönelik olarak verilen yargı kararı; yatırımına başlanmamış projelere 2008 yılından sonrası için, yani yürütmesi durdurulan ve esaslan iptal edilen anılan maddeden sonrası için ÇED sürecinden muafiyet tanınması gerektiği yönünde ileriye dönük bir süre verilmesini öngörmemekte olduğu belirtilmiş, davalı idarenin dava konusu düzenlemenin yargı kararının gereklerinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla yapıldığı iddiasının bu nedenle yerinde bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Mahkemenin gerekçesinde; 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 1983 yılında yürürlüğe girmesine karşın, Çevresel Etki Değerlendirmesi kriterlerinin on yıl boyunca belirlenmemiş olması, ardından 1993 yılında yayımlanan Yönetmeliğin geçici 1. maddesiyle; 1993’ten önce yatırım programına alınmış projelere Yönetmelikten muafiyet tanıyan düzenleme getirilmesi ve bu muafiyetin sonraki yönetmeliklerde de devam ettirilerek 2008 yılına kadar anılan projelerin, 2872 sayılı Kanuna rağmen ÇED süreci dışında tutulmuş olması ve 17.7.2008 tarihli Yönetmeliğin geçici 3. maddesine karşı açılan davada verilen yargı kararının gerekçesi göz önüne alındığında, 7.2.1993 tarihinden önce yatırım programına alınmış, ancak yatırımına başlanmamış projeler için ileriye dönük olarak tekrar ÇED sürecinden muafiyet sağlayan Yönetmeliğin dava konusu 1. maddesinin (b) bendinde yer alan düzenlemenin, Anayasa’nın 56., maddesine, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 10. maddesine, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin amacına ve yargı kararında yer verilen gerekçelere aykırı olduğu sonucuna varıldığına dikkat çekilerek 2872 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık otuz yıl, ilk yönetmeliğin yürürlük tarihinin üzerinden ise yirmi yıl gibi çok uzun bir süre geçmiş ve aradan geçen süre içinde yatırıma başlanmamış projelere yeniden ve tekrar ÇED sürecinden belli süreyle muafiyet sağlayan düzenlemenin çevrenin korunması ilkesi açısından hukuki bir dayanağı da bulunmadığına vurgu yapılarak uygulama projeleri onaylanmış veya çevre mevzuatı ve ilgili diğer mevzuat uyarınca yetkili mercilerden izin, ruhsat veya onay ya da kamulaştırma kararı alınmış veya yatırım programına alınmış veya mevzi imar planları onaylanmış projelerden bu Yönetmeliğin EK-I Listesinde yer alan projeler için 17/7/2015 tarihine, EK-II Listesinde yer alan projeler için 17/7/2013 tarihine kadar yatırımına başlanmış projelere Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmayacağına dair düzenlemenin iptaline karar verilmiştir.

Danıştay 14. Dairesinin bu kararı 10/01/2013 tarihli olmasına rağmen davacı Ekoloji Kolektifi Derneği ile Tarım Orman Çevre ve Hayvancılık Hizmet Kolu Emekçileri Sendikası'nın açtığı 2011/13522 E., 2013/4 K. sayılı davanın davacıları tarafından kamuoyuna duyurulması ile birlikte Bakanlık, yayınlanmak üzere elde hazır beklettiği anlaşıl原因 yeni değişiklik metnini Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğü'ne göndermiş ve yeni geçici 3. Madde metni, 05/04/2013 tarih 27905 sayılı Resmi Gazete'de aşağıdaki şekilde yayınlanarak yürürlüğe konulmuştur.

“Geçici Madde 3- (1) 23/6/1997 tarihinden önce yatırım programına alınmış olup 5/4/2013 tarihi itibarıyla planlama aşaması geçmiş olan veya ihalesi yapılmış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislere, Çevre Kanunu ve ilgili diğer yönetmeliklerde alınması gereken izinler saklı kalmak kaydıyla bu Yönetmelik hükümleri uygulanmaz.” (05/04/2013 tarih 27905 sayılı Resmi Gazete)

Bu düzenleme ile ÇED muafiyetinin kapsamı 1993, 1997, 2002, 2003, 2004 2005, 2008 tarihli düzenlemelerine göre değiştirilmiş, daha önce 7/2/1993 olan tarih, bu kez '23/6/1997' olarak kabul edilmiş; 'ihalesi yapılmış olan' kriteri ilk kez getirilmiş, üretim veya işletmeye başladığı belgelenmesi istenilen projelerde belgelenme şartı kaldırılmış ve bu projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin ÇED Yönetmeliği kapsamı dışında olamayacağına dair Danıştay 14. Dairesinin 28/12/2011 Tarih ve 2011/15826 E. sayılı 8 Aralık 2010 Tarih ve 27779 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2010/24 sayılı Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Genelgesi'nin 9. Maddesinin yürütmesinin durdurulması kararı ile yine aynı Dairenin 18/10/2012 tarih ve 2012/3269 E. sayılı 4 Nisan 2012 Tarih ve 28254 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2012/10 sayılı İllü Barajı ve HES Projesi Genelgesi'nin 7. Maddesinin yürütmesinin durdurulması kararına aykırı şekilde bu tesisler de ÇED Yönetmeliğinin kapsamının dışına çıkarılarak 1983 senesinden bugüne bu tesisler açısından daha önce hiç olmayan muafiyetler 40 yıl geriye taşınarak var kabul edilmiştir.

Anılan Yönetmelik hükmüne de daha önce dava açan meslek örgütleri ile sivil toplum kuruluşları tarafından aynı gün dava açılması üzerine bu kez Yönetmeliği yasa metni haline getirerek korunmasını sağlama düşüncesi ile 05/04/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Yönetmelik hükmü ile getirilen düzenleme, 29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi ile 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı “Çevre Kanunu”na Geçici 3 üncü maddesi olarak aşağıdaki şekilde torba kanuna eklenmiş ve düzenlemeye kanun gücü ile yeni bir zırh kazandırılarak Danıştay'ın yargısal denetiminin önüne geçilmek istenilmiştir.

“Geçici Madde 3- 23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.” (29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun)

b) İptali İstenen Yasa Hükümünün Hukuka Aykırılıkları

ÇED muafiyetleri, ilk kez ÇED Yönetmeliğinin çıkarıldığı 07/02/1993 tarihinde Çevre Kanununda dahi çerçevesi çizilmemiş bir düzenleme olarak yayınlanmış, ÇED Yönetmeliği değiştirilince, geçici maddelerinde de sürekli şekilde korunmuştur. Bu durum

Anayasa'nın 2. Maddesinde tanımlanan ve Anayasa Mahkemesinin içtihatları ile yorumlanan hukuk devleti ilkesine kesin ve açık olarak aykırıdır.

Sınırları yasalarla belirlenmemiş konularda, idareye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağına ilişkin 8. maddesine ve idarenin kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla, yönetmelikler çıkarabileceğine ilişkin 124. maddesine açıkça aykırı olan bu durum, iptali istenilen Yasa metni ile bu kez tersten işletilmiş ve ÇED muafiyetleri ile ilgili Yönetmelik hükmü, Danıştay tarafından sürekli iptal edildiğinden yargısal denetimin önünü kesmek adına Yasa metni haline getirilmiştir.

Oysa Yönetmelikler idarenin düzenleyici tasarrufları içinde yer alırlar; pozitif hukukumuzca göre, yürütmenin ve onun uzantısı sayılan idarenin asli düzenleme yetkisi yoktur. Esasen anayasanın 124'üncü maddesine göre de yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşulu ile çıkarılabilirler. Bu nedenlerle yönetmeliklerle, ancak çerçevesi ve sınırları kanunla belirlenmiş olan bir alan içinde düzenleme yapılabilir. Dolayısıyla bu yönetmelik değişiklikleri hukuka uygunluk karinesinden yararlanamadığı gibi, 05/04/2013 tarihli Yönetmelik hükmü 29/05/2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. Maddesi ile 09/08/1983 tarihli ve 2872 sayılı "Çevre Kanunu"na Geçici 3 üncü maddesi olarak eklenmesi, Yasaların uygulanması için bir araç olan Yönetmelik hükmünün, bu Yönetmelik hükümlerine dava açıldıktan sonra Yasa hükmü haline getirilmesi ile yargısal denetimin önünü kesmek suretiyle Anayasa'nın 2. Maddesi ile teminat altına alınan hukuk devleti ilkesinin ihlali haline gelmiştir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1983 yılında yürürlüğe girmesine karşın, Çevresel Etki Değerlendirmesi kriterlerinin on yıl boyunca belirlenmemiş olması, ardından 1993 yılında yayımlanan Yönetmeliğin geçici 1. maddesiyle 1993'ten önce yatırım programına alınmış projelere Yönetmelikten muafiyet tanıyan düzenleme getirilmesi ve bunun, sonraki yönetmeliklerde de devam ettirilerek 2008 yılına kadar anılan projelerin 2872 sayılı Kanuna rağmen ÇED süreci dışında tutularak projelere muafiyet tanınmış olması ve 17.7.2008 tarihli Yönetmeliğin geçici 3. maddesine karşı açılan davada verilen yargı kararının gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, 7.2.1993 tarihinden önce yatırım programına alınmış ancak yatırıma başlanmamış projeler için ÇED sürecinden muafiyet sağlayan Yönetmelik metnini Yasa metni haline getiren 29/05/2013 tarihli düzenleme, Anayasa'nın 2 ve 11. Maddelerine ve Yüksek Mahkemelerce verilen yargı kararlarında yer verilen iptal kararı gerekçelerine uyulmaması nedeni ile Anayasa'nın 138/son maddesine aykırıdır.

Nitekim 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.

Anayasa Mahkemesinin 29.04.2003 günlü ve E.2003/30, K.2003/38 sayılı Kararında, "Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenirlik ve öngörülebilirliktir" denilirken; 22.02.2012 günlü ve E.2011/53, K.2012/27 sayılı kararında ise, "Hukuk güvenliği ilkesi, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal

düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” İfadelerine yer verilmiştir.

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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” denilmektedir.

Yine Anayasa'nın 11. Maddesinin son fıkrasında Kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı düzenlenmiş, 138/son maddesinde de “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” denilmiştir.

Anayasa'nın 17/1 maddesi de “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” Şeklinde dir.

Anayasa'nın 43/1. Maddesine göre kıyılar, 168. Maddesine göre tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. 44. maddesinin birinci fıkrasına göre devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, 169. maddesinin birinci fıkrasına göre ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. 45. maddesinin birinci fıkrasına göre ise tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek devletin görev ve sorumluluğu altındadır.

Anayasamızın 56. maddesinin ilk fıkrasında “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” hükmü ve aynı maddenin ikinci fıkrasında “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.” hükmü yer almaktadır. Bu madde bütünüyle incelendiğinde; “sağlıklı ve dengeli çevre” kavramına, doğal güzelliklerin bulunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlenmesi bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur (AYMK. 11.12.1986 tarihli ve E.1985/11, K.1986/29).

Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinde de, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın Devletin ödevi olduğu, Devletin hem kirlenmenin önlenmesi hem de tabii çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gerekli gereken tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Yukarıdaki Anayasa hükümleriyle devlete, toplumun huzur ve mutluluğunun sağlanmasında ve bireylerin maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesinde önemi yadsınamaz olan çevrenin korunması ve geliştirilmesi konularında ödevler yüklendiği açıktır. Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı ekonomik ve mali gerekçelerle vazgeçilecek haklardan değildir. Söz konusu hakka yönelik olarak devlete düşen görev, bu hakkın gerçekleştirilmesinin öbünde yer alan engellerin kaldırılmasında ve yaşanılan çevre ortamının geliştirilmesinden ibarettir. Bu bağlamda, devlet bütünüünün bir parçası olan yasama organı da, aktarılan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır. Buna göre çevreyi ilgilendiren yasal düzenlemelerin, Anayasa tarafından devlete yüklenen çevrenin korunması, çevrenin geliştirilmesi ve çevre kirliliğinin önlenmesi ödevlerini yerine getirme amacına bağdaşacak şekilde çıkarılmaları gerekmektedir.

Bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması, iyileştirilmesi, kırsal ve kentsel alanda arazinin ve doğal kaynakların en uygun şekilde kullanılması ve korunması, su, toprak ve hava kirlenmesinin önlenmesi, ülkenin bitki ve hayvan varlığı ile doğal ve tarihsel zenginliklerin korunarak, bugünkü ve gelecek kuşakların sağlık, uygarlık ve yaşam düzeyinin geliştirilmesi ve güvence altına alınması için yapılacak düzenlemeleri ve alınacak önlemleri, ekonomik ve sosyal kalkınma hedefleriyle uyumlu olarak belirli hukuksal ve teknik esaslara göre düzenlemek amacıyla 9/8/1983 tarihinde kabul edilen 2872 sayılı Çevre Kanunu, 11/8/1983 günlü, 18132 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

2872 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde sürdürülebilir çevre "Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizik vb.) islahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder"; sürdürülebilir kalkınma ise "Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda islahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır.

Aynı Yasa'nın "Çevresel Etki Değerlendirmesi" başlıklı 10. maddesinde "Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilmez; proje için yatırıma başlanmaz ve ihale edilemez.

Çevresel Etki Değerlendirmesine tabi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tabi plan ve programlar ve konuya ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir." kuralına yer verilmiştir.

2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde belirtilen çevresel etki değerlendirilmesi, aynı Yasa'nın 2. maddesine göre gerçekleştirilmesi planlanan projelerle çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerin belirlenmesinde olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalarını ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 15/1/2009 günlü, E:2006/99, K:2009/9 sayılı kararında da belirtildiği gibi günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirlenmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. ÇED ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından da anlaşılacağı üzere, yatırım projelerinin niteliği ne olursa olsun ÇED süreci dışında tutulup tutulmayacağı tartışması, projenin hangi tarihte yatırım kapsamına alındığı ve hangi tarihte yatırıma başlanacağı

tartışmasının ötesindedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı, doğa varlıklarının nasıl korunacağı, çevresel bozulmaya yol açacağı kabul edilen projelerle ilgili önlemlerin nasıl alınacağıının belirlenmesi ile ilgilidir.

ÇED süreci izlenilmesi zorunlu olan projeler yönünden dahi anılan Yönetmeliklerde yatırıma başlanması için belirli bir süre öngörülmekte iken, daha önceki Yönetmelik düzenlemelerinde ilk ÇED Yönetmeliğinin yayımlandığı 09/02/1993 tarihi esas alınırken bu kez 23/6/1997 tarihinin milat kabul edilerek bu tarihten önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışında tutulması, bu projelerin ne zaman hayata geçirileceği tartışmasını dar yorumlayan ve hatta bunu bir idari kurala dönüştüren iptali istenilen düzenleme; hukuk devletini, hukuka duyulan güven ve inancı sarsıcı nitelikte olup; idarenin belirlilik, salt kamu yatırımları açısından bu muafiyetleri koruması karşısında eşilik, öngörülebilirlik ilkelerine de aykırı sayılmalıdır.

ÇED süreci dışına çıkarılmaya çalışılan ve iptali istenilen düzenlemeden yararlanacak olan projeler kamuoyunda sıkça tartışılan projelerdir. Bir yatırım konusu olamayacak kadar değerli bir varlık olan canlı yaşamının korunması ve çeşitliliğinin sağlanması, hem yurttaşların hem de devletin ödevi ve sorumluluğudur. Bu nedenle bu başvurunun amacı kamu yararı, doğa varlıklarının haklarını savunmak, toplumsal yaşamın ekolojik bir biçimde idamesini sağlayacak bilincin yaratılmasına olanak yaratmak ve devletin bürokratlarının hüküm ve tasarrufunda bir aygıt olmanın dışında doğanın haklarını da koruyacak bir hukuk pratiği içine çekilmesini sağlamaktır. Anayasa'nın diliyle söyleyecek olursak, demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu, yargı kararlarının uygulanması, hukuki güvenlik duygusunun tesisi ve herkesin maddi ve manevi yaşamını geliştirme, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının kurulması için karar alma süreçlerinin işletilmesidir.

Bu anlamda hükümetin pek çok önemli bulduğu yatırımın halk tarafından katılımcı bir tarzda tartışılmasından duyulan kaygı yattığı ortadadır. İstanbul Üçüncü Köprüsü Projesi, Gebze Orhangazi İzmir Otoyolu Projesi, Ilisu Baraj Projesi gibi kamuoyu tarafından en çok bilinen projelerdir. Bu nedenle hukuk devletlerinde, halkın karar alma süreçlerine katılması, kararların denetlenmesini sağlanması, gerektiğinde bu kararlardan vazgeçilmesine yönelik geri çağırma mekanizmalarının olgunlaştırılması, olağanüstü rejimlerin yarattığı "ben istedim oldu" yönetim biçimini ortadan kaldırmasına neden olacaktır.

Bilindiği üzere 7/5/2004 tarihli değişiklikle Anayasa'nın 90. maddesine 5170/7 sayılı kanunla eklenen maddeye göre; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri dikkate alınır". Bilindiği gibi, Anayasanın 56. maddesi Temel Haklar ve Ödevler bölümünde yer almakta ve "çevre hakkı" üçüncü kuşak insan hakları arasında sayılmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi doğrultusunda AİHM içtihatlarıncı da güvence kapsamında değerlendirilmektedir. Çevre hakkının insan hakkı niteliği, bu sebeple temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler kapsamında olduğu tartışmasıdır.

"Çevre hakkı" ilk kez 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Deklarasyonunda yer almıştır.

Stockholm Deklarasyonu, çevre ile ilgili ilk önemli belge olarak kabul edilmektedir. "İnsanın; hürriyet, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları sağlayan onurlu ve refah içinde bir çevrede yaşamak temel hakkıdır" sözleriyle başlayan deklarasyon, doğal hayatın ve yenilenebilen kaynakların korunması, yenilenemeyen kaynakların tükenme tehlikesine karşı önlemler alma, toksit ve diğer maddelerin deşarjı, ısının doğaya onu zararlız kılabileceğ kapasiteyi aşacak şekilde bırakılmasının engellenmesi, kalkınmanın gerekleri ile çevrenin korunması arasındaki çelişkilere giderilmesi, nükleer silahlara karşı çevrenin korunması gibi konuları ele almaktadır.

28 Ekim 1982 Dünya Doğa Şartı ve 1990 Paris Sözleşmesinde çevre hakkı ile ilgili somut maddeler yer almıştır.

Daha sonra 1984 yılında Tokyo Konferansı tertip edilmiş ve bu konferansın sonucunda yayınlanan bildiriye ise "Gelişme kavramı yeniden gözden geçirilmeli ve her ülkenin ekonomik gelişmesi, kaynakların korunması ve artırılması dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir. İktisadi büyümede, sadece iktisadi geliştirme göstergeleri değil, aynı zamanda tabii kaynakların korunması, hastalıklarla mücadele edilmesi, kültür miraslarının korunması gibi konularla da ilgilenilmelidir. Temiz hava, su, orman, toprak gibi çevre kaynakları korunmalı, dengeli bir nüfus artışı sağlanmalıdır. Bütün ülkelerde teknolojik gelişmeler, çevre faktörlerine önem verecek şekilde yönlendirilmelidir." denilmiştir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasının insanlığın ortak sorunu olduğunu vurgulayan BM üyesi akit taraflar 1992'de Rio'da Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ni kabul etmişlerdir. Türkiye, 29.08.1996 tarihli, 177 sayılı Kanunla sözleşmeyi onaylamıştır. Sözleşme ile "biyolojik çeşitliliğin korunması", "biyolojik kaynakların muhafazası", "biyoteknolojinin öz-gün, verimli ve çevreye uygun kullanımı", "ekosistemin korunması", "biyolojik çeşitlilik oluşturan canlıların ex-situ korunması", "canlıların yaşam ortamlarının korunması", "canlıların in-situ koşullarının korunması" ve "biyolojik çeşitlilik oluşturan canlıların sürdürülebilir kullanımı" konuları ele alınmıştır.

Bu sözleşmede, insanların sürekli ve dengeli kalkınmanın merkezinde olduğu, doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir yaşama hakkı olduğu belirtilmiştir.

Rio Sözleşmesi ve ÇED kavramının içeren tüm doğa koruma sözleşmelerine göre, evrende çevreye zararlı olabilecek faaliyetlerinin hiç birisi çevresel etki değerlendirme incelemesinden muaf tutulamaz. Önemli olan kamu yararadır, bugünkü ve gelecek nesillerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamalarıdır.

Bu nedenle iptali istenilen düzenleme, Anayasa m. 90/5 uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından ÇED uygulamalarında dikkate alınması zorunlu olan 1992 - Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Üzerine Rio Zirvesi Sonuç Deklarasyonu'nun (İnsanlar, doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir hayata layıktır. Çevre konuları en iyi şekilde, ancak ilgili bütün vatandaşların katılımı ile yönetilir. Devletler, geniş çapta çevre bilgilendirmesi yaparak kamuoyu aydınlatılmasını ve katılımı gerçekleştirecek ve teşvik edecekler.) hükmüne; 1992 - BM-Rio-Gündem 21 Sözleşmesi'nin (25/7/1995 tarih ve 22534 mükerrer sayılı RG'de yayınlanan Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı ile hükümeti bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir -sh.157-) (Hükümetler, iş çevreleri ve kalkınma kuruluşları, kalkınma projelerinin biyolojik çeşitlilik üzerine etkisinin nasıl değerlendirileceğini ve bu çeşitliliği kaybetmenin maliyetinin nasıl hesaplanacağını öğrenmelidirler. Önemli etkileri olabilecek projelerde, halkın geniş ölçüde katılımıyla çevresel etki değerlendirmesi yapılmalıdır. Kişiler, gruplar ve kuruluşlar, özellikle kendi toplumlarını etkileyebilecek çevre ve kalkınma kararlarını bilmeli ve bunlara katılmalıdır. İnsanlara kararlar hakkında bilgi vermek için, ulusal hükümetler, kişilerin çevre ve

kalkınma konularıyla ilgili bütün bilgilere ulaşmasını sağlamalıdır. Bu bilgi, çevre üzerine önemli etkisi olan veya olabilecek olan üretim veya faaliyetleri ve çevre koruma önlemlerini içermelidir) hükmüne; 1992-BM-Rio-Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (28/08/1996 tarih ve 4177 sayılı Kanunla onaylanmış, 27/12/1996 tarih ve 22860 sayılı RG'de yayımlanmıştır)(Madde 14/1-a; Sözleşen devletler; biyolojik çeşitlilik için önemli olumsuz etkiler doğurabilecek mevcut proje önerilerinin, bu olumsuz etkileri engellemeye veya en aza indirmeye yönelik bir çevresel etki değerlendirmesine tabi tutulmasını öngören uygun işleyişleri yürürlüğe koyacak ve elverişince halkın da bu işleyişlere katılmasını sağlayacaktır.)hükmüne;1979-Avrupa Konseyi-Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma BERN Sözleşmesi (20/2/1984 tarih ve 18318 sayılı RG)(Madde 3;Her akit taraf, yabani flora ve fauna ile doğal yaşama ortamlarının, bilhassa nesli tehlikeye düşmüş ve düşebilecek türlerin, özellikle endemik olanlarının ve tehlikeye düşmüş yaşama ortamlarının, bu sözleşme hükümlerine uygun olarak muhafazası amacıyla ulusal politikalarını geliştireceklerdir. Her akit taraf, planlama ve kalkınma politikalarını saptarken ve kirlenme ile ilgili mücadele önlemlerini alırken, yabani flora ve faunanın muhafazasına özen göstermeyi taahhüt eder.) hükümlerine aykırıdır. (Danıştay 14. Dairesi 10/01/2013 tarih ve 2011/13522 E. ve 2013/4 K. - Danıştay 14. Dairesi 10/01/2013 tarih ve 2011/11139 E. ve 2013/9K.)

Ayrıca Avrupa Birliği, 85/337/EEC Direktifi; "AB ülkelerinde gerçekleştirilecek her türlü projenin, teknik planlama ve karar alma sürecinin başlangıcında projenin çevresel etkileri dikkate alınmalıdır." şeklindedir. Helsinki Avrupa Birliği Konseyi'nin 11 Aralık 1999 günlü Başkanlık Sonuç Bildirgesi'nin 2.maddesi uyarınca da, Türkiye, diğer aday devletlere uygulananlar ile aynı kriterler temelinde, Birliğe katılmaya yönelmiş bir aday devlet olarak bu düzenlemeleri iç hukuk düzenlemesi olarak yapmak konusunda Birliğe taahhütte bulunmuştur.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11. maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Bu nedenle de belirtilen kuralın, yüksek mahkeme kararlarına rağmen bu kez yasa metni olarak hukuk dünyasına sokulmak suretiyle vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın, kirlenmenin önlenmesine, tabii çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gerekli gereken tedbirlerin alınmasına engel olacak nitelikte olduğundan yukarıda sayılan gerekçelerde de belirtildiği üzere Anayasa'nın 2, 11 ve 138/son maddeleri dışında 17/1, 43/1, 44/1, 45/1, maddelerine, 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına, 90/5, 168 ve 169/1. maddelerine de aykırı olması nedeni ile iptali gerekmektedir.

b-1) İptali istenilen düzenlemenin "23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya" ifadesi ile getirilen muafiyet, Anayasa'nın çevrenin korunması ve geliştirilmesine yönelik devlete yüklenen ödev ve sorumluluklarla bağdaşmamaktadır.

Danıştay 14. Dairesi'nin 14/4/2011 tarihli yönetmeliğin Geçici 3/1-b bendiyle ilgili iptal kararının gerekçesi yatırımına başlanmamış projelere 2008 yılından sonrası için, yani yürütmesi durdurulan ve esasen iptal edilen anılan maddeden sonrası için ÇED sürecinden muafiyet tanınması gerektiği yönünde ileriye dönük bir süre verilmesini öngörmemektedir.

Bu nedenle Danıştay, iptal kararında; "2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1983 yılında yürürlüğe girmesine karşın, Çevresel Etki Değerlendirmesi kriterlerinin on yıl boyunca belirlenmemiş olması, ardından 1993 yılında yayımlanan Yönetmeliğin geçici 1. maddesiyle; 1993'ten önce yatırım programına alınmış projelere Yönetmeliklen muafiyet tanıyan düzenleme getirilmesi ve bu muafiyetin sonraki yönetmeliklerde de devam ettirilerek 2008 yılına kadar anılan projelerin, 2872 sayılı Kanuna rağmen ÇED süreci dışında tutulmuş olması ve 17.7.2008 tarihli Yönetmeliğin geçici 3. maddesine karşı açılan davada verilen yargı kararının gerekçesi göz önüne alındığında, 7.2.1993 tarihinden önce yatırım programına alınmış, ancak yatırıma başlanmamış projeler için ileriye dönük olarak tekrar ÇED sürecinden muafiyet sağlayan Yönetmeliğin dava konusu 1. maddesinin (b) bendinde yer alan düzenlemenin, Anayasa'nın 56., maddesine, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin amacına ve yargı kararında yer verilen gerekçelere aykırı olduğu sonucuna varmış, 2872 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık otuz yıl, ilk yönetmeliğin yürürlük tarihinin üzerinden ise yirmi yıl gibi çok uzun bir süre geçmiş ve aradan geçen süre içinde yatırıma başlanmamış projelere yeniden ve tekrar ÇED sürecinden belli süreyle muafiyet sağlayan düzenlemenin çevrenin korunması ilkesi açısından hukuki bir dayanağı da bulunmamaktadır." demektedir.

Danıştay'ın iptal kararı gerekçesinden anlaşıldığı üzere Çevre Kanunu uyarınca Danıştay 14. Dairesi de bir faaliyetin, yatırım programına alınmasını ÇED kapsamına alınmaması için bir sebep olarak görmemiştir. Yatırım programına alınmış olmak, bir projenin planlanmasının yapılmış olması ve planlanan projeye ilgili ihale sürecinin yapılması da aynı şekilde ÇED sürecinden muafiyet sağlamak için gerekli koşullar değildir. Çünkü ÇED süreci tam da, ekonomik yatırımın olabilirliği durumunda devreye girer.

Çevre Kanunu'nun 2 nci maddesinde çevresel etki değerlendirmesi; "Gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda dikkat çekici husus "projelerden gerçekleştirilmesi planlananlar açısından" "çevreye etkilerini belirlemek" ve "olumsuz etkileri önlemek ya da en aza indirmektir." Bu anlamıyla tam da iptali istenilen Yasa düzenlemesiyle yukarıda anılan ifadede muafiyet tanınan projelere ÇED uygulanması gerektiği Çevre Kanunu gereğidir. Planlanan, programa alınan, ihalesi yapılan bir proje tam da çevreye etkilerinin olasılık olarak belirdiği ve denetlenmesi gereken bir projedir.

Buna göre idarenin önleyici niteliği ve özellikle de çevre hukukunun önleme ilkesinin birlikteliği ortaya çıkmakta, idare öncelikle henüz kamu düzeni (çevrenin korunmasının da bu kapsamda olduğuna dair bir şüphe yoktur) bozulmadan gerekli önlemleri almalıdır. ÇED süreci işte öncelikle bu önlemlerin ne olacağını bilimsel ve katılımcı araçlarla bulur. Çevre hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan ve Çevre Kanunu'nun "İlkeler" başlıklı 3. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde "kirliliğin önlenmesi" ve "çevrenin bozulmasının önlenmesi" şeklinde ve yine aynı maddede "kaynakta önleme" olarak somutlaşan önleme ilkesi de henüz kirliletti faaliyet ortaya çıkmadan ve tehlike ve riskleri henüz oluşmadan durdurmayı amaçlar. Öyleyse ÇED süreci hem idarenin kolluk yetkileri açısından hem de çevre hukukunun amaçları açısından önleme ilkesinin hayata geçmesinin araçlarından biridir. Bu nedenle, planlanan, projelendirilen, ihalesi yapılan bir proje için ÇED uygulaması zorunluluğu kanun gereğidir. Bunun en güncel örneği de 3. Köprü Projesinde yaşanan gelişmelerdir. Davalı Karayolları Genel Müdürlüğüne ihale edildiği belirtilen Kaşey Marmara Otoyolu Güzergahının imar kesimlerine ait 1/5000 ölçekli Nazım İmar Planı ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişiklikleri davalı Ulaştırma

Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının 11/06/2013 tarihli Bakan oluru ile iptal edildiği öğrenildiğinde Bakanlık, her ne kadar "Köprü güzergahında bazı yerlerde mecburi sapsmalar oldu. Mesela kuş yollarına rastladı Riva deresinde. Orada hafif yolu değiştirdik. Kaynak sularına rastlayan bölgeler oldu, değiştirdik. Böyle mecburi ufak tefek değişikliklerin planlara işlenmesi lazım. Yapılan işlem budur." Şeklinde açıklama yapsa da bu açıklamanın arka planının, dava konusu projenin ÇED sürecinden muaf tutulması ve ÇED raporu hazırlanmamasının verdiği plansızlık ve öngörüsüzlük olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Bu nedenle de Yüksek Mahkeme ÇED yönetmeliğinin geçici 3. Maddesine ilişkin verdiği yargı kararının gerekçesinde "Dava konusu Yönetmeliğin dayanağı olan 2872 sayılı Çevre Kanununun 10. maddesi uyarınca, Çevresel Etki Değerlendirilmesi sürecinin gerçekleştirilmesi planlanan projelere uygulanması gerekliliği karşısında, planlama aşaması geçmiş olan, diğer bir anlatımla, üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere anılan madde hükmüyle muafiyet tanınmasına ilişkin düzenlemede dayanağı Kanun hükmüne aykırılık bulunmamaktadır." ifadesi muhtemel etki ve sonuçları idare tarafından belirlenerek her tür önlemin alındığı ve planlanarak tamamlandığı diğer bir anlatımla bu önlemlere uygun olarak üretim ve/veya işletilmeye başladığı belgelenen projeler açısından ÇED muafiyetinin hukuka uygun olduğunu vurgulamıştır. Burada yüksek mahkemenin, ısrarla üzerinde durduğu husus Çevre Kanunu uyarınca, ÇED'in kirlilik ortaya çıkmadan önlemeye yönelik mekanizmalarını devreye sokacak, ön tedbirlilik ilkesinin hayat bulacağı nesnel koşulların kalmadığı bir durumda muafiyet tanınmasını hukuka uygun bulmuş olduğudur. Bu nedenle karardan da anlaşıldığı üzere, ÇED süreciyle, kirlilik önenebilecek, bu konuda risk analizleriyle ihtiyatilik ilkesi hayat bulabilecekse, yatırım programına alınmış, bu anlamıyla planlama aşamasını geçmiş ve ihale süreci başlamış/ ihalesi yapılmış yatırımlarla ilgili de ÇED süreci işletilebilecektir.

Oysa ki iptali istenilen yasa düzenlemesi ile Danıştay kararının gerekçesi sözcük oyunuyla, yap boza maruz bırakılmıştır. Danıştay'ın "planlama aşaması geçmiş" ifadesiyle "işletmeye başlamış ve üretim aşamasında bulunan faaliyetleri" vurgulamasına rağmen iptali istenilen düzenleme ile "planlama aşaması geçmiş" ifadesini üretim ve işletme aşamasında bulunan faaliyetler bağlamından kopartılmış ve daha işletmeye ve üretime başlamamış faaliyetleri de kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Bu şekilde ÇED kapsamı dışında tutulacak faaliyetler, üretim ve işletme aşamasında olduğu belgelenen faaliyetlerin ötesine geçerek, işletme ve üretim faaliyeti içinde olmayan projeleri de kapsayacak biçimde genişletilmiştir.

Bu düzenleme, Anayasa'nın 138/son Maddesinin emredici düzenlemesine rağmen Danıştay kararlarını arkadan dolanmak anlamına geleceği gibi aynı zamanda, Çevre Kanunu'yla ve çevresel etki değerlendirme süreci ile beklenen kamu yararının, üretim ve işletme faaliyeti başlamadan önce kirliliğin önlenmesi veya kirliliğin önlenmesine yönelik tedbirlerin alınmasına yönelik yasal amacın gerçekleşmesini de olanaksızlaştıracak, yukarıda sayılan gerekçelerde de belirtildiği üzere Anayasa'nın 2, 11 ve 138/son maddeleri dışında 17/1, 43/1, 44/1, 45/1, maddelerine, 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına, 90/5, 168 ve 169/1 maddelerine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekmektedir.

b-2) İptali istenilen yasa düzenlemesindeki "üretim veya işletmeye başlamış olan projeler" ifadesi ile getirilen muafiyet, Anayasa'nın çevrenin korunması ve geliştirilmesine yönelik devlete yüklenen ödev ve sorumluluklarla bağdaşmamaktadır.

Anılan ifade, 14/4/2011 tarihli yönetmeliğin a bendine karşılık gelmektedir. 14/4/2011 tarihli Yönetmeliğin yargısal ilk denetimden geçen ve iptal edilmeyen ancak

temyiz edilen hükmünde, “Üretim ve/veya işletmeye başladığı belgelenen projelere,” ÇED yönetmeliğinden muafiyet tanınmıştır.

05/04/2013 tarihli Yönetmelik'te de yer verilen, iptali istenilen yasa düzenlemesinin de aynen yer verdiği düzenleme ile 14/04/2011 tarihli düzenleme arasında önemsiz gibi görünen ve fakat hukuki belirlilik, yasallık ilkesine aykırılık oluşturacak çok önemli bir fark vardır. 5/4/2013 tarihli Yönetmelik düzenlemesi ile aynı olan ve iptali istenilen düzenlemede, bir faaliyetin üretim ve işletmeye başlamış olmasını belgelemeye gerek duyulmaması 14/4/2011 tarihli yönetmelik düzenlemesinden farklıdır.

İptali istenilen düzenleme ile ÇED muafiyetinden yararlanması istenilen projenin, üretim veya işletmeye başlamış olduğunu belgelenmesine gerek yoktur. Sadece bir beyan yeterli kabul edilebilecektir. Bir faaliyetin bir beyanla ÇED muafiyetine dahil edilmesi, bir diğer ifade ile ÇED kapsamı dışına çıkartılmasına olanak tanyacak biçimde belirsizliklerle dolu düzenleme, muafiyetin genişletilmesi sonucu doğuracak biçimde yürürlüğe girmiştir.

Burada Çevre Kanunu kapsamına, kirliliğin önlenmesi ilkesi açısından vurgulanması gereken “belgelenen projeler” ifadesidir. Danıştay kararında belgelendirilme vurgusu yapılmış ve ÇED Yönetmeliğinin amacına uyumlu olarak “işletmeye başlatılmadan alınması gereken önlemlerin” artık, işletmeye başladığı belgelendiğinden mümkün olmadığını gözetmiştir. Faaliyet işletme veya üretime başladığını belgelediğinde, işletme ve üretim öncesi tedbirler alınamayacaktır. Bu anlamıyla ÇED sürecini kirliliğin önlenmesi ilkesi doğrultusunda değerlendiren mahkeme, bu önlemlerin alınmayacağı nedeniyle ÇED kapsamından çıkarılmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Ancak iptali istenilen düzenleme ile fiilen faaliyetinin üretime veya işletmeye başladığının beyan edilmesi ÇED muafiyeti için geçerli kabul edilecektir. Bunun dışında hiçbir kriter yoktur. İşletmeye veya üretime başlamayla ilgili bir kriter belirlenmeden, daha önceki yönetmelikte olduğu gibi faaliyet sahibine bu durumu belgelemesi gibi bir yükümlülük getiren düzenlemenin iptali istenilen düzenleme ile kaldırılması, faaliyet sahibinin beyanı ile projelerin ÇED süreci dışına çıkartılmasına olanak tanımaktadır. Bu durum, faaliyetlerin işletme ve üretime geçtiğini belgeleyemeden, bu durumu belgeleme zorunluluğu getirilmeden, ÇED kapsamı dışında tutulması öncelikle eşitlik, yasallık, belirlilik, hukuki güvenlik ilkesine ve daha sonra da ÇED yönetmeliğinin dayanağı olan Çevre Kanunu ile yukarıda sayılan gerekçelerde de belirtildiği üzere Anayasanın 2, 11 ve 138/son maddeleri dışında 17/1, 43/1, 44/1, 45/1, maddelerine, 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına, 90/5, 168 ve 169/1 maddelerine de aykırı olacaktır.

b-3) “Üretim veya işletmeye başlamış olan projeler” ifadesi ile üretim ve işletme için belgelendirme koşulunun kaldırılması yetmiyormuş, bu şekilde muafiyet alanı yeterince genişletilmeyenmiş gibi bir bu ifadenin üstüne “ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin de ÇED kapsamı dışında tutulması Anayasa'nun çevrenin korunması ve geliştirilmesine yönelik devlete yüklenen ödev ve sorumluluklarla bağdaşmamaktadır.

Danıştay 14. Dairesi, 2011/13522 E. ve 2013/4 K. ile 2011/11139 E. ve 2013/9K. sayılı kararları ile 14/04/2011 tarihli ÇED Yönetmeliğinin geçici 3. Maddesinin b bendine ilişkin, iptal kararının gerekçesinde vurgulanan “ileriye yönelik muafiyet tanınmasının” yaratacağı olumsuzlukların hem idare hukuku anlamında önleme ilkesi hem de çevre hukuku anlamında önlemenin “ileriye yönelik muafiyetlerin yaratacağı belirsizlikler” karşısında mümkün olmasını nedeniyle iptal kararı vermiştir. Buna karşın iptali istenilen düzenleme ile, “ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislere” ifadesiyle bu belirsizlik sürdürülmektedir.

İşletmeye alındığı, üretime alındığı belgelenme gereği bile duyulmayan projelerden, daha sonra ya da mevcutta “bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu yapı ve tesisler” de ÇED yönetmeliği kapsamına çıkartılmıştır. Buna bir örnek vermek gerekirse, Entegre bir termik santral projesinin, ana yapısı dışında, kül depolama alanı, limanı da bulunmak zorundadır. Böylesine bir termik santral faaliyeti için işletme üretime başladığını ilan ederse ve liman için ÇED muafiyeti söz konusu ise ve böyle bir işletme için liman hammadde sevkiyatı için daha az maliyet demek olduğundan, bu liman projesi de beyanla ÇED’den muaf kabul edilip kapsam dışına çıkartılabilecektir. Bu durumda, bir işletme için entegre tesislerde pek çok faaliyet, daha sonradan yapılacak biçimde ÇED sürecinden muaf tutulabilecektir. Ama bu “zorunlu yapı ve faaliyetlerin” muafiyeti aynı zamanda ileriye yönelik muafiyet sağlanması, Çevre Kanununa ve Anayasa’nın 56. Maddesine aykırılık diyen Danıştay kararına da aykırı bir düzenleme yapıldığını gösterecektir.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 85. Kuruluş Yılında Açılış Dersi olarak yapılan sunumda “İstisna hükümler” konusunu başlık seçilmiş ve bu tebliğ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde de yayımlanmıştır. Prof. Dr. Aynur Yongalık “Latince “singularianonsuntextenda” olarak ifade edilen ve genellikle “İstisnalar geniş yorumlanamaz” şeklinde Türkçeye çevrilen ve Türk hukukunda genellikle “İstisnalar dar yorumlanır” şeklinde kullanılan bu kuralın çok eski olduğu ve tarihsel açıdan Roma hukukundan kaynaklandığını” söylemektedir. İstisnalar dar yorumlanır ifadesindeki yorumun ya yorumlanan kuralın sözüne dayanarak yapılan yorum olduğunu ya kuralın uygulama alanı açısından değerlendirme yapılmakta ve kuralın mümkün olduğunca az sayıda olaya uygulanmasını anlamak gerektiğini ya da subjektif-tarihsel yorumun gerekçesi olarak kullanılması gerektiğini söyleyerek, istisnaların bu kapsamla sınırlı olarak uygulanması gerektiğini söylemektedir. (Prof. Dr. Aynur Yongalık, İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı Ve Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2011 Cilt 60 Sayı 1, s. 3)

Aksini kabul etmek kural ve istisna ilişkisini tersine çevireceği gibi, idarenin işlem ve eylemlerini sürekli istisna kapsamına sokmak suretiyle işlem ve eylemin yargısal denetiminde bağlı olması gereken temel hukuk kurallarının “kural” sayılan şartlarının dışında tanımlama durumu yaratarak denetim ve sorumluktan kurtulmasına neden olur. Buna göre, istisnanın dar yorumlanması kural hükmünün bulunduğu kanun ya da “düzenleyici işlemin” amacına, ruhuna ve kendisinden beklenen asgari kamu yararının sağlanmasına hizmet eder.

Fakat son yıllarda istisna hükmünün geniş yorumlanması eğilimi bir yana, idarenin istisna hükmü büyütmek, sınır ve kapsamını genişletmek konusunda yoğun bir çabasının olduğu görülmektedir. bu başvurunun konusu yapılan Geçici 3. Maddenin muafiyet başlığını taşıyan 14/4/2011 tarihli selef Yönetmelik hükmü kısmen iptal edilmiş ve bu karara ilişkin gereklerin yerine getirilmesi için idarenin harekete geçmesi beklenirken, istisna hükmünü genişletmeye çalışmak öncelikle yargı kararının dolaşılması, ikinci olarak da istisna hükmününün 3. Köprü Projesi, Hasankeyf antik kentini sular altında bırakacak İhsu Barajı Projesi, İzmir –İstanbul Otoyolu Projesi gibi son aylarda hükümet tarafından sıkça duyurulan projeler açısından uygulanmaz hale getirerek Çevre Kanununun ve ÇED yönetmeliğinin amacı ve kural hükümleri tamamen uygulanmaz kılmaktan başka birşey değildir.

Buna göre, yasal düzenlemeler açısından belirli tür faaliyetlerin değil, belirli çeşit faaliyetlerin değil, yalnızca tarih aralığı belirtilmek suretiyle belirlenleştirilen faaliyetler açısından istisnanın kural hale getirilmesi konusundaki ısrar öncelikle idarenin bütün faaliyetlerinde nihai hedef olan kamu yararına aykırı olacağı gibi, idarenin eşitlik ve tarafsızlık ilkesine ve daha da önemlisi bu faaliyetlerin yaratacağı kapsamı, etkilerinin

genişliği ve sonuçları açısından analiz ve değerlendirmelerden muafiyet tutulmuş bu faaliyetlerin çevresel etkilerinden olumsuz etkilenecek vatandaşların sağlıklı bir çevrede yaşama haklarına aykırı olacaktır.

Anılan nedenler ile iptali istenilen düzenleme ile planlama aşaması geçmiş olan veya ihalesi yapılmış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislere de Danıştay 14. Dairesinin 28/12/2011 Tarih ve 2011/15826 E. sayılı 8 Aralık 2010 Tarih ve 27779 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2010/24 sayılı Gebze-Orhangazi-İzmir Otoyolu Genelgesi’nin 9. Maddesinin yürütmesinin durdurulması kararı ile yine aynı Dairenin 18/10/2012 tarih ve 2012/3269 E. sayılı 4 Nisan 2012 Tarih ve 28254 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2012/10 sayılı İlisu Barajı ve HES Projesi Genelgesi’nin 7. Maddesinin yürütmesinin durdurulması kararında da belirtildiği üzere projelerin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislere de ÇED muafiyeti getirilmesi, 1983 senesinden bugüne bu tesisler açısından daha önce olmayan muafiyetlerin var olduğu kabul edilerek muafiyetlerin 1983 senesine kadar 40 yıl geriye taşınması ve geçerli sayılması da Anayasa’nın 43, 44, 45, 56, 90, 138/son, 168 ve 169. Maddeleri ile devlete yüklenen görev ve sorumlulukla bağdaşmamaktadır.

Danıştay 14. Dairesi kararında ekonomik olan faaliyet, aynı zamanda ekolojik olmalıdır demektedir. Ekonomi sözcüğü Türk Dil Kurumu sözlüğünde ”İnsanların yaşayabilmek için üretim, ürettiklerini bölüşme biçimlerinin ve bu faaliyetlerden doğan ilişkilerin bütünü,” olarak tanımlanmaktadır. Ekonomi her şeyden önce Anayasal anlamda çalışmayla ilgili bir kavramdır.

Ekonomi, alışma hakkı kapsamında bir faaliyettir. Sosyal ve ekonomik haklar arasında sayılan çalışma hakkı, kimsenin yaşama hakkını ihlal edecek biçimde kullanılamaz. Zaten ekonomik bir faaliyete, sözcüğün sözlük anlamıyla, öncelikli olarak, ”İnsanların yaşayabilmek için üretmesine ilişkin ilişkilerin bütünüdür.” Bu nedenle bir çalışmanın, yaşayabilmek için üretim faaliyeti olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Ekonomik faaliyet, yaşayabilmek için üretim eylemidir. Yaşayabilmek için üretim faaliyeti, kendi varlık zemini olan ”yaşama” faaliyetini ortadan kaldıracak bir edime dönüştüğü anda ekonomik bir faaliyet olmaktan çıkar.

Kimse lmek için üretmez. Yaşamak için üretir. Yaşamak için üretebilmek için de yaşam kaynaklarının srekliiliğinin sağlanması gerekir. Üretim girdisi olan kaynaklar ortadan kaldırırsa üretim faaliyeti de gerçekleştirilemez. Üretim için gerekli koşullar, insan gücü, doğa gücü, üretim araçları ve bu konuda gerekli bir birikmiş sermayedir (sermeye de özü itibariyle birikmiş-yoğunlaşmiş emektir). Bunların rgtlenmesi ile üretim gerçekleşir. Üretim devamı için de bu girdilerin srekliiliğinin sağlanması lazımdır. Bir ülkenin, bir toplumun yaşaması için insanın ve doğanın sürekli olarak kendini var edeceği koşullara sahip olması gerekir. Bu nedenle ekonomik faaliyetler öncesinde bir faaliyetin, doğa ve insan üzerindeki olası etkileri değerlendirilir. Bu şekilde ekonomik faaliyetin srekliiliğini ölçmek mümkün hale gelir. Bir yıl içinde çok verim almak için, bir kiraz bahçesine, kiraz ağaçlarının isteyeceğinden çok sularsantz, çok gübre verirsiniz ilk yıl yüksek verim alabilirsiniz. Ama zamanla bu ağaçları kurutursunuz. Bu nedenle ekonomik faaliyet için kullanılacak teknik, planlama, hedef ve btnkl bir gelecek öngörüsü ekonomik faaliyetin ömrünü belirler. Aynı zamanda insanlar yaşamlarını devam ettirdikleri sürece, üretimlerini denetleyerek, bir yıl sonra, ya da on yıl sonra ne olacağını değerlendirerek üretimde bulunurlar. Yani insanlar, ne oldum demezler ne olacağım derler. Çünkü insanın ekonomik faaliyeti bir kez yapılıp bitmez. Kuşaklar boyu devam eder. İşletmeler, insanlar, devletler biter. Ama insanın üretim faaliyeti insan var olduğa devam edecektir.

Bu nedenle de ekonominin örgütlenme biçimi önemlidir. Bu bağlamda, adı ne olursa olsun her ekonomik model planlamaya dayanır. Yaşama istenci içinde olan insanların önünü görmesi gerekir. Bu durumda bir faaliyetin ekonomik olup olmadığına karar verilir. Tek başına bir işletmeden elde edilecek ürünle ölçülmez bir işin ekonomik olup olmadığı, tüm üretim sürecindeki etkileriyle birlikte değerlendirilir. Bir işletmenin olası etkilerinin neler olduğu ortaya konulmadan, bu konuda önlemlerin neler olacağı belirlenmeden isteyen istediği yere istediği işletmeyi kuramaz.

Bir işletmenin ekonomisi dışında, başka ekonomiler de vardır. Köyün bir ekonomisi vardır. Kentin vardır. Bu ekonomiler arasında bütünlüklü bir ilişki vardır. Bu nedenle tek başına bir işletmenin faaliyeti esas alınarak, bir faaliyetin ekonominin ihtiyacı olduğuna karar verilmesi, ekonomik bir değerlendirme olmadığı gibi hukuki bir değerlendirme de sayılamaz. Böylesine kararların verildiği düzene de hukuk düzeni denemez. Su gibi önemli ve yaşamsal bir kaynağın korunmasının ekonomik önemi gözlemlenmeden, tek taraflı olarak enerji ya da maden faaliyetinin öneminden bahsetmek, köylüler taş için demektir. Köylülerin ekonomisi gözlemlenmeden, faaliyet analizi yapmak mümkün değildir. Köy yaşamının-ekonomisinin zorunlu bir takım ihtiyaçları vardır. Nasıl büyük şirketlerin ekonomisi için, her daim kar hürsi, düşük ücret, daha fazla kaynak sömürüsü ekonomik bir zorunluluksa, köylüler için de ekme, hava ve su ekonomik bir zorunluluktur. Bir köyde insanlar maden ocağında çalıştıklarında karınları doymaz, kazandıkları parayla içecekleri suyu ve ağız tadıyla yiyebilecekleri bir ortam olduğunda, başarıları göğe kaldırdıklarında daha az tasa edecek şeyleri olduğunda insanlar yaşarlar. İnsanlar para ile doymazlar. Bir iktisadi yaşam insanlara iş sağlarken aynı zamanda bu iş sonucunda elde ettikleri gelirle yaşamlarını idame ettirebileceği çevresel koşulları da sağlamalıdır. Bu nedenle ekonomik faaliyet para kazanmak demek değildir.

Ekonomi sözcüğü köken olarak da Aristo'nun belirttiği gibi, "OİKOS" sözcüğünden gelir. Ekoloji Sözcüğü ile aynı etimolojik kökenden beslenirler. Oikos bir anlamıyla yaşanan yer (ekolojinin kökeni olarak) demektir bir anlamıyla da ev ekonomisi (ekonominin kökeni olarak) demektir. İnsanlar, geçimlerini sağlamak ve daha iyi yaşamak için çalışırlar. Bunun için hayat gayesi edinirler. İyi yaşama olanağı sağlamayan bir faaliyet ekonomik bir faaliyet değildir. Sonucunda birileri para kazanıyor olabilir. Ama bu sonuç, o iktisadi faaliyetin ekonomik olduğu anlamına gelmez.

Hükümetin bir gün çıkıp, hayır bizim tespit ettiğimiz faaliyetler ekonomimizi çıkarıncadır, ekonomimizin büyümesi için para gerekmektedir. Bu nedenle de ekonomimiz için bu faaliyetler yürütülmelidir ama çevre ve insan sağlığına olumsuz etkileri olduğunda idareci önlemlerini alsınlar dediğinde, yine aynı soruyla karşı karşıya kalırız. Ekonomik olan şey nedir? Ekonomik olduğu iddia edilen faaliyetler kümesi toplu tarafından belirlenmediğinde ve ekolojik ilkelere umursanmadığında kararlar topluma rağmen alınır. Üçüncü köprü faaliyeti önemli görülürken, insanların su kaynaklarının korunması gelişme olarak değerlendirilmez. Çünkü, küresel iktisadi yaklaşıma göre "ekonomi", salt büyümeye yönelik faaliyetin yürütülmesi olarak değerlendirmektedir. Ama kendinden menkul bir büyüme, ekonomik bir iktisadi faaliyet demek değildir.

Ekonomi, kendi içinde pek çok ekonomiyi barındıran insanların doğayla birlikte yaşamlarını üretme faaliyetidir. Bu nedenle bu faaliyet ekonomik bir zorunluk olarak görülüyorsa, bu zorunluluğun aynı zamanda diğer ekonomik faaliyetleri ortadan kaldırmayacak, yani insanların yaşama faaliyetlerini engellemeyecek biçimde örgütlenmesi gerekir. Bir işin, yatırımın, işletmenin çıkarı ile ekonominin çıkarı bir ve aynı şey değildir. Bir işletme, kendinin kar elde etmesinden fazlasını düşünmek zorunda değildir. Ama ticari işletme olmayan ekonomiler de vardır. Bu ekonomiler de kendilerini büyütmek, kendilerini idame etmek zorundadır. Bu da ekonomik bir zorunluluktur. Bu zorunlukları görmezden

gelecek, iktisadi işletmenin çıkarını ülke çıkarı olarak saymak, ekonomik bir değerlendirme değildir. Bir faaliyetten elde edilecek gelire, bu faaliyetin yürütülmesi sonrasında ortaya çıkacak zarar arasındaki farkı gözetiyorsa bir idare, ortaya çıkacak ekolojik ve toplumsal faydanın ne olduğunu bilebilir.

Danıştay 14. Dairesi kararında iktisadi gelişme sadece ekonomik büyüme değildir aynı zamanda kültür varlıklarının ve doğal kaynakların korunmasıdır demektedir. Bu nedenle, bir faaliyetin ekonomik olup olmadığına yönelik değerlendirme, sadece elde edilecek gelirin düzeyi veya yatırımın büyüklüğü ile ölçülemez. Anılan karar gereği yargı makamlarınca, doğanın geleceğini düşünmeden “bu faaliyet ekonomik bir zorunluluktur” kararı veremez.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun Çevresel Etki Değerlendirmesi başlıklı 10. Maddesine göre, “Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetler sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. Çevresel Etki Değerlendirmesi olumlu kararı veya çevresel etki değerlendirmesi gerekli değildir kararı alınmadıkça bu projeler ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanma ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Çevresel Etki Değerlendirmesine tabi projeler ve stratejik çevresel etki değerlendirmeye tabi plan, programlar ve konuya ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir” kuralına yer verilmiştir. ÇED süreci “gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ya da olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları kapsar”

Bu doğrultuda 2872 sayılı yasa gereğince, 07.02.1993 tarihinde yayımlanana ve daha sonra birkaç kez değişikliğe uğrayan “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği” ÇED sürecini tanımlayan önemli bir belgedir. Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetler sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler ÇED Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere bir proje tanıtım dosyası veya ÇED raporu hazırlarlar. ÇED raporunda çevreye olabilecek atık ve artıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve hususta alınacak önlemler belirtilir.”⁷

“ÇED yönetmeliğinin belirlediği ilkeler kapsamında; diğer yatırımcı ve planlayıcı bakanlık ve kurumlar, özel sektör, üniversiteler ve meslek odaları, mühendislik ve müşavirlik büroları, çevre mühendisliği alanında hizmet veren özel firma/kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ve toplumun değişik kesimleri ÇED sürecinin tarafları ve bileşenleridir. Bu anlamı ile, ÇED süreci demokratik katılımın öne çıktığı bir ortamdır.”⁸

Danıştay 14. Dairesi'nin 2011/13522 E. ve 2013/4 K. ile 2011/11139 E. ve 2013/9K. ile kararında belirttiği gibi, ÇED süreci, “demokratik katılımın ortaya çıktığı bir ortamdır.” Bu toplantılarda halkın görüşü alınır. Bu görüşler raporlandırılır. Raporlar doğrultusunda bakanlık, şirketin sunduğu belgeleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonrasında ilgili bakanlık ÇED olumlu ya da ÇED olumsuz görüşü verir. Bu aktardığımız Çevre Etki Değerlendirme sürecini idare yürütür. Danıştay kararının ÇED sürecini demokratik bir ortam olarak tanımlaması da işte bu gerçeğin içtihadı ifadesidir.

⁷ Danıştay 14. Dairesi'nin 2011/13522 E. ve 2013/4K. -2011/11139 E. ve 2013/9K.

⁸ Danıştay 14. Dairesi'nin 2011/13522 E. ve 2013/4 K. - 2011/11139 E. ve 2013/9 K.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, çevresel etkileri önemli olan faaliyetlerinin belli bir plan ve program çerçevesinde yapılması ve bu faaliyetlerin gözetimi ve denetimi ile gerçekleştirilebilir. Anayasa'da yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önleildiği bir çevre kadar, işin niteliğine göre belirli esaslara uygun olarak kıyı, tarım, mera, orman alanlarında faaliyetlerinin gerçekleştirildiği çevrenin de gireceği kuşkusuzdur.

Hukuk Devleti olabilmenin en temel göstergesi de yasalarda "genellik" ilkesine uyulmasıdır. "Yasaların genelliği" ilkesi, özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, aynı statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kılar (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1996 günlü, E.1996/58, K.1996/43 sayılı kararı).

Bu nedenle yasa koyucu iptali istenen kural ile, belirli projelere ve bu projelerin zorunlu yapı ve tesislerine özel bir düzenlemeyi gerçekleştirerek yasaların genelliği ilkesinden ayrılmış olduğundan yapılan bu düzenleme, Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 günlü E.2012/102, K.2012/207 sayılı Kararında, "Anayasanın 138. maddesinin son fıkrası, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmünü içermektedir.

Mahkeme kararlarının değiştirilememesi ilkesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması anlamına gelir." denilmiştir.

İptali istenen kuralın yargı kararlarına müdahale niteliği taşıdığı, bir diğer ifade ile yasama hilesi olduğu son derece açıktır.

Bu nedenle iptali istenilen düzenleme, Anayasanın 2. 11 ve 138 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Benzer bir uyumsuzluk AİHM'in içtihatlarına da konu olmuştur. Aşağıda ayrıntıları verilen Case Of Golder V - The United Kingdom kararında bir konunun yargı kararıyla çözümünü etkilemeye dönük herhangi bir yasama müdahalesinin adil yargılanma ve hukuk devleti ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Golder davasında da AİHS m.6/1 yorumlanırken, evrensel olarak kabul görmüş hukukun temel prensiplerine ve uluslararası hukukun mahkemeye ulaşım hakkını tanıyan prensipleri ışığında yorum yapılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Mahkeme, yukarıda belirtilen sözleşme hükümlerini dikkate alarak; 6/1 ilgili olarak şöyle bir yorum yapmıştır (parag.35)

"Eğer, AİHS m.6/1 sadece mahkeme önüne gelmiş davalarla ilgili olarak anlaşılıysaydı; sözleşmeciler devletler, sözleşmeyi ihlal etmezsiniz; mahkemeleri ortadan kaldıracak veya bazı cins hukuk davalarını gören mahkemelerin yargı yetkisini ellerinden alabilir ve bu yetkiyi hükümete bağlı organlara verebilir. Böyle varsayımlar keyfi bir gücün yaratacağı tehlikeyi içinde barındırdıklarından; daha önce bahsedilen prensiplere (uluslararası hukukun genel prensipleri ve sözleşmenin özünde bulunan hukukun üstünlüğü

kavramı) ve mahkemenin "Lawlessjudgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 52, andDelcourtjudgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 14-15" davalarında gözünden kaçmayan hususlara aykırı, çok ciddi sonuçlara sebep olabilir."

AİHM, bir başka kararına konu StranGreekRefineriesandStratisAndreadis v. Greece davasında; kararının 42 -50 paragraflarında hukukun üstünlüğü ve hukuk devletini yorumlamıştır.

25 Mayıs 1987' de dava Yunanistan temyiz mahkemesinde iken; röportör yargıç tarafından başvuru lehine olan mütala taraflara gönderildikten sonra, Yunan Paramentosu bir yasa (Lawno. 1701/1987) kabul etmesini, bu yasaya göre, askeri rejim döneminde yapılan imtiyazlı sözleşmelerde bulunan hakem klozlarıdahil, bütün klozlar yürürlükten kaldırılmış (iptal) hakem kararları geçersiz sayılıp, iptal edilmesinin, Yasanın aynı zamanda bu sözleşmelerin sona erdirilmesinden kaynaklanan iddiaların zamanaşımına uğradığı hükmünü getirmesinin çıkarılan bu yasayla mahkemelerin yargı yetkisinin etkin bir şekilde ellerinden alındığını; dava konusunun uygun şekilde araştırılmasının engellendiğini; bu tip bir müdahalenin Golder kararındaki ifadeyle "keyfi bir güç tehlikesini içinde barındırdığı; uluslararası hukukun genel prensiplerine ve sözleşmenin özünde bulunan hukukun üstünlüğü kavramına aykırı olduğunu tespit etmiştir. Devlet taraf olduğu bir davanın sonucunu yasama yoluyla belirlemiştir. "Legislativelegerdemain" Yasama hilesi davanın tümünde silahların eşitsizliğine sebep olmuştur.

Mahkeme, prag.44 te, davanın temyiz mahkemesinde olduğu bir sırada (Lawno. 1701/1987) çıkarılan yasanın davanın gidişinde çok belirgin bir öneme sahip olduğunu; o zamana kadar devletin aleyhinde gelişen yargılamada bir dönüm noktası olduğu sonucuna varmıştır.

6. Paragrafta ise Yunanistan'ın Avrupa Konseyine tekrar katılarak; hukukun üstünlüğü ilkesine saygı gösterme yükümlülüğü altına girdiğini; bu ilkenin özellikle adil yargılanma hakkını garanti altına aldığı; bu ilkenin özünde temel garantileri düzenlediğini belirtmiştir. Özellikle çatışan çıkarların bulunduğu davalarda, eşitlik, her iki tarafın davasını savunmada makul olanaklara sahip olmasını; taraflardan herhangi birini ciddi dezavantajlı konuma düşürülmemesini gerektirdiğini, sözleşmenin 6. maddesinin kapsamında olan hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma kavramının, dava konusunun yargı kararıyla çözümlenmesini etkilemeye dönük, herhangi bir yasama müdahalesine engel olduğunu vurgulamıştır.

Özetle, iptali istenilen düzenleme ile bağımsız mahkemelerinin yargı yetkisine müdahale edilmiş (Bu durum bahsi geçen kararda "Legislativelegerdemain" bir diğer ifade ile "yasama hilesi" olarak nitelendirilmiştir), yapılan bu etkin müdahale ile II-B bölümünde açıklanan gerekçelerle Anayasanın 2, 11 ve 138/son maddeleri dışında 17/1, 43/1, 44/1, 45/1, maddelerine, 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına, 90/5, 168 ve 169/1maddelerine aykırı davranılmasının yanı sıra AİHS m.6 ve Anayasanın m.36 "adil yargılanma" ilkesini 6. maddesinin özünde yer alan hukuk devleti ilkesini ve hukukun genel prensipleri ağır şekilde ihlal edilmişve sonuçta silahların eşitliği ilkesini çiğnenmiştir. (paragraf 42,46,47Inthecase of StranGreekRefineriesandStratisAndreadisv. Greece)

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6486 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4 'üncü' maddesi ile 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73 'üncü' maddesinde, sigortalı hastaların

sağlık hizmetlerine erişimini kısıtlayacak önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu haliyle, Genel Sağlık Sigortası Anayasa'nın temel ilkelerinden sosyal devlet ilkesiyle çelişmektedir. Zira sağlık hizmetlerinin finansmanı önemli ölçüde prim ödemiş olan sigortalıya yüklenmektedir. Devlet hastaneleri ve kamu üniversite hastaneleri dışında kalan, vakıf üniversiteleri hastaneleri dahil SGK ile sözleşmesi bulunan bütün sağlık kuruluşlarından sağlık hizmeti alan tüm sigortalıların ödeyeceği "İlave ücret" bir kat artırılmaktadır. Kamu yararı ilkesi gereğince, tıp fakülteleri ve öğretim üyelerinin de büyük çoğunluğunca önerildiği gibi öğretim üyelerine hekim ve uzman hekim yetiştirme, bilimsel araştırma ve ileri düzeyde sağlık hizmeti vermelerini sağlayıcı koşullar yaratılması gerekirken, gereksinim duyan sigortalıların parası olmadığı için ulaşamadığı, ya da koşullarını çok fazla zorlayarak ulaşabildiği bir sistem yaratılmaktadır. Yapılan düzenleme, sigortalılar ile emekli, dul ve yetimlerin büyük çoğunluğunun özel hastane hizmetlerinden yararlanabilme imkanını ortadan kaldıracak ve devlet hastanelerinde yığılmalara sebep olacaktır. Bu nedenle bu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesi ile, 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanununa Geçici 3. madde eklenmektedir. Çevre Kanununa eklenen Geçici Madde 3 ile; 23/6/1997 tarihinden önce yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş olan veya ihalesi yapılmış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışına çıkartılmaktadır.

ÇED aşaması yapılmadan başlayacak projelerin çevreye zarar vereceği, bunun sonucunda geriye dönüşü olmayacak şekilde insan ve çevre sağlığının tehdiye maruz kalacağı ortadadır. Söz konusu yasal düzenlemenin Anayasa'ya, çevre kanununa, uluslararası sözleşmelere ve mahkeme kararlarına aykırı olması ve çevre sağlığı ile yakından ilgilendirmesi nedeniyle bu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

Yukarıda "Gerekçeler" bölümünde iptal gerekçeleri açıklanan düzenlemenin; uygulanması halinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

"Yasaların Genelliği" ve "Mahkeme kararlarının değiştirilememesi ilkesi" ne, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı" ile bu hakkın korunması ve geliştirilmesine yönelik devlete pozitif/aktif görevlerinin yanısıra bu hakkın kullanılmasını engelleyecek düzenlemeler yapmamasına yönelik negatif/pasif görevlerine aykırı olan Geçici 3 üncü maddenin uygulanması halinde, hukuk devleti, tabii ve kültürel çevre, toprak, kıyı, mera, ormanlar yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı çok açıktır.

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

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

V. SONUÇ VE İSTEM

1) 6486 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un,

a) 4 üncü maddesinin 1.fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde geçen "bir" ibaresinin "iki" şeklinde değiştirilmesi Anayasa'nın 2., 5., 17/1., 56/3 ve 60. maddelerine,

b) 4 üncü maddesinin 2 inci fıkrası ile 5510 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına eklenen ek cümle Anayasa'nın 2. maddesine ve 50. maddesinin üçüncü fıkrasına,

2) 6486 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesinin Anayasanın 2, 11 ve 138/son maddelerine ve 17/1, 43/1, 44/1, 45/1, maddelerine, 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına, 90/5, 168 ve 169/1 maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1- 5510 sayılı Kanun'un iptali istenen kuralların da yer aldığı 73. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dahil sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularınca, Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerden sağlık hizmeti sunucularının giderleri ve ürettikleri sağlık hizmetlerinin maliyetleri, yapılan sübvansiyonlar gibi kriterler dikkate alınarak bu bedellerin iki katına kadar alınabilecek ilave ücretin tavanını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu tavan dahilinde alınabilecek ilave ücret oranları Kurumca belirlenir. Ancak (...) 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (4), (6) ve (8) numaralı alt bentleri kapsamında sayılanlar ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden ilave ücret alınamaz. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen eşdeğer ilaçların, azami fiyatı ile kişinin talep ettiği eşdeğer ilacın fiyatı arasında oluşacak fark ve optik için tavan uygulanmaz ve bu fıkra kapsamında değerlendirilmez.

Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları ise otelcilik hizmeti ile dördüncü fıkroda belirtilen istisnai sağlık hizmetleri dışında, sağladıkları sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edemez. (Mülga ikinci cümle: 21/1/2010-5947/19 md.)(Ek cümleler: 21/5/2013-6486/4) Ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini

geçmemek üzere, üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınabilir. Ancak alınacak ilave ücret bir defada asgari ücretin iki katını geçemez. Bu oranları bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kurum bu fıkra kapsamında ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkilidir.”

2- 2872 sayılı Kanun'un iptali istenen geçici 3. maddesi şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 3- 23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 11., 17., 43., 44., 45., 50., 56., 60., 90., 138., 168. ve 169. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 25.9.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ile ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 4. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 73. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesindeki “bir” İbaresinin “iki” Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kural ile Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca tespit edilen sağlık hizmeti bedeline ek olarak alınabilecek ilave ücretlerin tavanını, anılan bedelin iki katına kadar belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna tanındığı, sigortalının sağlık hizmetlerine erişebilmek için yeniden bir ücret daha ödemek zorunda bırakılmasıyla sağlık hizmetinin, bu hizmetin niteliği ile örtüşmeyecek şekilde paralı ve pahalı bir hâle getirildiği, 5947 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler sonucu vatandaşların özel sağlık kurumlarına başvurmak durumunda bırakıldığı ve buralara ödenmesi gereken ilave ücretlerin büyük oranlarda artırıldığı, sağlık hizmetinin finansman giderlerinin karşılanmasında hizmetten yararlananlara, ödeme güçlerini aşan, ağır bir yük getirildiği, ilave ücretin üst sınırının Sağlık Uygulama Tebliği'nde belirlenen sağlık hizmeti ücretinin

iki katına çıkarılmasının Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarihli ve E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararına uygun olmadığı gibi, sağlık hizmetine ulaşımı engelleyerek sosyal devlet ilkesiyle ve sosyal güvenlik hakkıyla çeliştiği, ayrıca bu durumun sağlık hakkı ile bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 17., 56. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisini nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 73. maddesi, sağlık hizmetlerinin sağlanması yöntemini ve sağlık giderlerinin ödenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Anılan maddenin dava konusu ibareyi de içeren ikinci fıkrasında, kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen hizmet bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerden bahsedilen bedelin iki katına kadar alınabilecek ilave ücretlerin tavanını belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna tanınmış, bu tavan dâhilinde ilave ücret oranının tespiti ise Sosyal Güvenlik Kurumuna (Kurum) bırakılmıştır.

Dava konusu ibare ise Bakanlar Kuruluna tanınan, sağlık hizmetleri bedeline ek olarak genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerden alınabilecek ilave ücretin oranını artırma yetkisini, sağlık hizmetleri bedelinin "iki" katı ile sınırlamaktadır. Anılan ikinci fıkrasının önceki halinde bu oran, sağlık hizmeti bedelinin bir katı olarak tespit edilmiş iken dava konusu kural ile iki katı olarak değiştirilmiştir. Dava konusu kural uyarınca artırılan ilave ücret, vakıf üniversiteleri dâhil olmak üzere özel sağlık hizmeti sunucularınca verilen sağlık hizmeti için geçerli olup kamu idaresi sağlık hizmeti sunucularını kapsamamaktadır.

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

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal devletin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasa'nın 60. maddesinde, "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*" denilmektedir. Buna göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise Devlet için bir görevdir. Anayasa'nın 60. maddesinin gerekçesinde de, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir. Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.

Kişilere sağlanan anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sonucu en önemli değer olan insanın sağlığı ve dolayısıyla yaşam hakkı etkili bir şekilde korunmuş olacaktır. Sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkının gerçekleştirilmesinde çok önemli bir araçtır.

Anayasa'nın 17. maddesine göre, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Belirtilen bu haklar, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete görev olarak verilmiştir. Yaşam hakkının korunması ve sosyal güvenliğin sağlanması, sosyal devlet olmanın gereğidir. Sosyal güvenlik kuruluşlarına ilişkin düzenlemelerin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemesi gerekir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle sağlık hakkı güvenceye bağlanmıştır. Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelmektedir.

Hukuk devletinin önemli unsurlarından biri de hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasıdır. Hukuk devletinin özünü hak ve özgürlükler oluştursa da bunların sınırsızlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak hukuk devletinde hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların istisnai nitelik taşıması zorunludur.

Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. Buna göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

Anılan madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, sağlık hakkı ve sosyal güvenlik hakkını düzenleyen Anayasa'nın 17., 56. ve 60. maddelerinde özel sınırlama sebeplerine yer verilmemiş ise de anılan haklar, mutlak haklardan olmadığından Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda sınırlandırılabilir.

Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler verilmiş, dördüncü fıkrasında ise Devletin, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal güvenlik kurumlarından yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirmesi öngörülmüştür. Buna göre, sağlık hizmetlerinin tümünün doğrudan Devlet tarafından yerine getirilmesi zorunlu olmayıp özel sektör tarafından da sunulması mümkündür. Bu hususta Devlete yüklenen

temel ödev, sağlık hizmeti sunumunu organize etmek ve kamu ile özel sektör arasında eşgüdümü sağlamak suretiyle herkesin bu hizmetten dengeli ve düzenli bir şekilde yararlanmasını temin etmektir. Dolayısıyla Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarıyla Devlete yüklenen, sağlık hizmetlerinin tüm bireylere dengeli ve sürekli bir biçimde sunulmasını sağlama ödevinin yerine getirilmesi amacıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarının sınırlandırılması olanaklıdır.

5510 sayılı Kanun'un 73. maddesinin ikinci fıkrasıyla, kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonunca belirlenen hizmet bedeline ek olarak, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişilerden bahsedilen bedellerin iki katına kadar ilave ücret alınabilmesi mümkün kılınmıştır. Kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde sağlık hizmet bedeline ek olarak bu bedelin iki katına kadar ücret alınmasının maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarına müdahale teşkil ettiği açıktır.

Sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi için bu hizmetlerden yararlananlardan belli ölçüde bir katkı payı alınması gerekli hale gelebilir. Zira sağlık hizmetlerinden belli ölçüde katılım payı alınması, bir yönüyle kamu üzerindeki finansman yükünü kısmen hafifletmekte bir yönüyle de bu hizmetlerden gereksiz yararlanmaları engellemek suretiyle kamu harcamalarının artmasını engellemektedir. Dolayısıyla kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde sağlık hizmet bedeline ek olarak bu bedelin iki katına kadar ücret alınmasının meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Ancak meşru bir amaca dayanan bu sınırlamanın ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. İtiraz konusu kuralda öngörülen, sağlık hizmetinin sağlanması usulü ve sağlık hizmet bedellerinin belirlenmesi yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, kanun koyucu, belirtilen yetkisine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. "Elverişlilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Kamu idaresi dışında kalan sözleşmeli sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulan sağlık hizmetlerinde sağlık hizmet bedeline ek olarak ayrıca ücret alınabilmesi mümkün kılınmış ise de dava konusu kuralda bu ücretin tavanı, sağlık hizmeti bedelinin iki katı ile sınırlandırılmış ve tavan ücreti belirleme konusunda Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.. Ayrıca sözü edilen ilave ücret, kamu sağlık hizmeti sunucuları dışındaki vakıf üniversiteleri dâhil olmak üzere özel sağlık hizmeti sunucularını kapsamaktadır. Kamu idaresi sağlık hizmeti sunucularınca sunulan sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edilmesi söz konusu değildir. İlave ücret, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, ancak özel sağlık hizmeti sunucularını tercih etmeleri durumunda alınmaktadır. Bunun yanında, kamu sağlık hizmeti sunucularınca yerine getirilemeyen bazı sağlık hizmetlerinin gerek yurtdışı gerekse yurtiçindeki özel sağlık hizmeti sunucuları tarafından sunulması durumunda, hizmet bedelleri Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla karşılanabilmektedir. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, özel sağlık hizmeti sunucularınca sağlanan sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliğini ve kamu-özel sektör dengesini sağlamayı teminen, vakıf üniversiteleri dâhil olmak üzere özel sağlık hizmeti sunucularından hizmet alan genel sağlık sigortalısı ve

bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, sağlık hizmeti bedelinin iki katını aşmayacak şekilde ilave ücret alınabilmesi mümkün kılınmak suretiyle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarına yapılan müdahalenin, ölçülü olduğu ve bireylere aşırı bir külfet yüklenmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 13., 17., 56. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 4. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 73. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, öğretim üyesini normal mesai sonrasında sağlık hizmetinde fazla çalışmaya yönlendirmenin bir yandan öğretim üyesini eğitmeden uzaklaştırırken diğer yandan sağlık hizmetinin azami özen ve dikkat isteyen doğasına aykırı olduğu, üniversitenin temel amaç ve hedefinin çok hizmet sunup gelir elde etmek değil eğitim-bilimsel çalışma ve ileri düzeyde sağlık hizmeti vermek olması gerektiği hâlde hizmet sunumunu hastadan para kazanmaya bağlı hâle getirmenin ve bu paradan öğretim üyesine adeta bir "pay" vermenin hekim etiği üzerinde olumsuz sonuçlara yol açtığı, ayrıca hastalardan alınacak ilave ücretlerden öğretim üyesine ödenen miktarın emekliliklerine yansımadağı, kamu üniversitelerinde "öğretim üyesinden sağlık hizmeti" adı altında vatandaşlara ücretli sağlık hizmeti getirilmesinin sosyal devlet ilkesini zedelediği, bunun yanında mesai sonrası öğretim üyelerinin çalışma sürelerinin uzatıldığı ve çalışma koşullarının ağırlaştırıldığı, dinlenme haklarının ellerinden alındığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 50. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgili nedeniyle Anayasa'nın 13., 17., 56. ve 60. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 73. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde, kamu idaresi sağlık hizmeti sunucularının, otelcilik hizmeti ile dördüncü fıkrafta belirtilen istisnai sağlık hizmetleri dışında, sağladıkları sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edemeyeceği kurala bağlandıktan sonra, 6486 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen dava konusu cümlelerde, bu kuralın istisnası düzenlenmiştir. Buna göre, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri için üniversite yönetim kurulu kararıyla öğretim üyelerinin unvanları itibarıyla belirlenen miktarda ilave ücret alınması mümkün kılınmıştır. Ancak bu şekilde alınacak ilave ücretin, Kurumca belirlenmiş sağlık hizmetleri bedelinin, poliklinik muayenelerinde bir katını, diğer hizmetlerde yüzde ellisini geçemeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca alınacak ilave ücretin bir defada asgari ücretin iki katını geçemeyeceği ifade edilmiş ve Bakanlar Kuruluna, bu oranları bir katına kadar artırabilme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, Kurum, bu fıkra kapsamında ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini belirlemeye yetkili kılınmakla, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen bazı sağlık hizmetlerinin, ilave ücretten istisna tutulmasına imkân sağlanmıştır.

Yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetlerinin ilave ücrete tabi tutulmasının, maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarına müdahale teşkil ettiği açıktır. Bu hizmetler karşılığında ilave ücret alınmasının, sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesi ve sürdürülebilirliğinin sağlanabilmesi amacına dayandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla

yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri karşılığında sağlık hizmet bedeline ek olarak ilave ücret alınmasının meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır. Ancak meşru amaca dayanan bu sınırlamanın ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir.

Yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetleri karşılığında sağlık hizmet bedeline ek olarak ilave ücret alınması öngörölmüş ise de bu ücretin tavanı, sağlık hizmeti bedelinin, Bakanlar Kuruluna tanınan, oranları bir katına kadar artırma yetkisi de gözönünde bulundurulduğunda, poliklinik muayenelerinde iki katını, diğer hizmetlerde bir katını geçemeyeceği öngörölmüş ve ayrıca alınacak ilave ücretin bir defada asgari ücretin dört katını geçemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca sözü edilen ilave ücret, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen sağlık hizmetlerini kapsamaktadır. Diğer kamu idaresi sağlık hizmeti sunucuları ile yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunularınca verilen diğer sağlık hizmetleri için genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden ilave ücret talep edilmesi söz konusu değildir.

Dava konusu kurallar uyarınca ilave ücret, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin, ancak yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında görev yapan öğretim üyelerinden mesai saati dışında hizmet talep etmeleri durumunda alınmaktadır. İlave ücret ödemek istemeyen ya da buna mali durumu elvermeyenlerin asli faaliyetleri devam eden öğretim üyelerinden olağan çalışma saatleri içerisinde sağlık hizmeti almalarına bir engel bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında öğretim üyeleri tarafından mesai saatleri dışında bizzat verilen bazı sağlık hizmetlerinin, ilave ücretten istisna tutulması hususunda da Kuruma yetki tanınmıştır. Tüm bu hususlar gözetildiğinde, sağlık hizmetlerinin, toplumun her kesimine dengeli ve düzenli bir biçimde sunulabilmesini ve sürdürülebilirliğini teminen, yükseköğretim kurumlarına ait sağlık hizmeti sunucularında görev yapan öğretim üyelerinden mesai saatleri dışında sağlık hizmeti alan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden, kanunda belirtilen sınırlar içinde ilave ücret alınması öngörölmek suretiyle maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlık ve sosyal güvenlik haklarına yapılan müdahalenin, ölçülü olduğu ve bireylere aşırı bir külfet yüklediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı ve dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmiştir. Dava konusu kural uyarınca mesai saatleri dışında çalışmak öğretim üyelerinin isteğine bağlı kılınmış olup öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında çalışmaya zorlanmaları söz konusu değildir. Dolayısıyla kuralın dinlenme hakkına müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 17., 50., 56. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 12. Maddesiyle 2872 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 3. Maddenin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Dava konu kural ile belirli şartları taşımak kaydıyla bazı kamu yatırım projeleri ve bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler çevresel etki

değerlendirmesinden (ÇED) muaf tutulmaktadır. Kural uyarınca 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınan projelerden, kuralın Resmî Gazete’de yayımlandığı 29.5.2013 tarihi itibarıyla; planlama aşamasını geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim ya da işletmeye başlamış olanlar ile belirtilen aşamalarda olan projelerin gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler ÇED uygulaması kapsamı dışına çıkarılmaktadır. Kuralda belirtilen yapı ve tesislerin ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılabilmesi için; 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olması ve kuralın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarih olan 29.5.2013 tarihi itibarıyla belirli aşamaları geçmiş bulunması gerekmektedir.

2872 sayılı Kanun’un 2. maddesinde ÇED, “gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade eder.” biçiminde tanımlanmıştır. ÇED, gerçekleştirilmek istenen ve çevre üzerinde önemli olumsuz etkileri olabilecek faaliyetler hakkında yetkili birimlerce onay verme ya da karar alma gibi herhangi bir işlem yapılmadan önce bunların çevresel etkilerinin araştırılarak önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir. ÇED’in amacı, faaliyetlerin gelecekte yol açabileceği olumsuz çevresel etkileri önceden hesaba katmak suretiyle, çevre hukukunun en temel ilkesi olan önleyiciliğin gerçekleştirilmesini temin etmek ve karar vericilere yatırım ya da projenin çevreye etkilerini göstererek onların doğru karar vermelerini sağlamaktır.

Dava konusu kuralda yer alan “...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...” ibaresi, planlama aşamasını geçmiş olmakla birlikte henüz üretim ya da işletmeye başlamamış, ihale süreci başlayan ancak henüz tamamlanmayan kamu yatırım projelerini ve bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu yapı ve tesisleri ifade etmektedir. Kuralın belirtilen ibare dışındaki bölümünden ise artık ihale aşamasından ileri aşamaya geçerek üretim veya işletme faaliyetine başlamış olan kamu yatırım projeleri ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu yapı ve tesisler anlaşılmaktadır.

2- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, ÇED kavramının, 2872 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile çevre mevzuatına girmesine rağmen on yıl sonra çıkarılan yönetmelik ile uygulamaya başlandığı, ÇED Yönetmeliği’nde 1993-2013 yılları arasında yapılan değişiklikler ile bazı projelerin ÇED uygulamasından muaf tutulduğu, muafiyetin geçici maddelerle sağlandığı, 2872 sayılı Kanun’un amir hükümlerinin yönetmelik hükümleri ile sayısız kez bertaraf edilmeye çalışıldığı, yapılan düzenlemelerin Danıştay kararları ile kısmen ya da tamamen iptal edilmesine rağmen sıklıkla yapılan yönetmelik değişiklikleri ile muafiyet başlangıç tarihlerinin ve kriterlerinin farklılaştırılması ile muafiyet uygulamasına devam edildiği, bu şekilde Danıştay kararlarına da uyulmadığı, hatta ileriye dönük muafiyet hükümlerinin dahi düzenlendiği, muafiyete ilişkin Yönetmelik hükümlerine karşı dava açılması üzerine dava konusu kuralın düzenlenerek Danıştayın yargısal denetiminin önüne geçilmek istenildiği, kanunlara aykırı yönetmelik hükümlerinin çıkarılmasının hukuk devleti ilkesine uygun olmadığı, Devletin çevreyi koruma yükümlülüğünün yerine getirilmediği, kişilerin hukuki güvenliği ile maddi ve manevi varlığını geliştirme, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlal edildiği, yargı kararlarının gerekçelerine ve uluslararası sözleşmelere uyulmadığı, idarenin önleyicilik görevinin yerine getirilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2., 11., 17., 43., 44., 45., 56., 90., 138, 168. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*” hükmüne yer verilmek suretiyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, anılan maddeyle Devlete, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın yanında, hem kirlenmenin önlenmesi hem de doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevi yüklenmiştir. 2872 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete yüklenen, çevre kirlenmenin önlenmesi, doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alma ödevinin ifası amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Gerek yaşam hakkıyla gerekse sağlık hakkıyla olan yakın ilişkisi, bugünkü nesil kadar, hatta daha çok gelecek nesilleri ilgilendirmesi çevre hakkını günümüzde çok daha önemli hâle getirmektedir. Çevrenin kirlendikten ve bozulduktan sonra eski hâline getirilmesinin çok güç ve külfetli olması hatta kimi zaman mümkün olmaması nedeniyle, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirliletmeden gerçekleştirilmesi; kirlenen çevrenin temizlenmesi veya bozulan çevrenin onarılması yerine, kirliliği ve bozulmayı önleyici tedbirlere ağırlık verilmesi gerekir. Bu bağlamda ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirliletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan, karar verme sürecini etkileyen, dolayısıyla karar mercilerine, kararlarını sağlıklı bir şekilde verebilmeleri için seçenek üreten ve bu seçeneklerin olumlu ve olumsuz yönlerini saptayan bir yöntem olarak görülmektedir. Dolayısıyla, çevresel etkisi bulunan yatırımların çevrenin korunması amacına dayandığı anlaşılan ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılmasının sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale teşkil edeceği söylenebilir.

Dava konusu kuralla, 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih (29.5.2013) itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler ÇED uygulamasının kapsamı dışında bırakılmıştır. Anılan projelerin ÇED uygulamasının kapsamı dışında bırakılması, bu faaliyetlerin gelecekte yol açabileceği olumsuz çevresel etkileri önceden değerlendirilerek çevre kirliliğinin ve tahribatının önlenmesi bakımından gereken tedbirlerin alınmasını engelleyeceğinden sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

Devlete yüklenen sürdürülebilir ekonomik kalkınmanın sağlanması ödevinin yerine getirilmesi amacıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, yasal önemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

a- Maddede Yer Alan “...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...” İbaresini

Dava konusu kuralda yer alan “... planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...” ibaresiyle, kuralın yürürlüğe girdiği 29.5.2013 tarihi itibarıyla henüz

üretim ya da işletmeye başlamamış veya ihale süreci henüz tamamlanmayan kamu yatırım projelerinin ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılması öngörülmektedir.

İptali istenilen düzenleme ile öngörülen projelerde ÇED uygulamasından ayrılmayı gerektirecek haklı bir neden bulunmamaktadır. Belirtilen aşama yatırıma hazırlanma sürecini ifade etmektedir. Bu aşamada henüz yatırımlar hayata geçirilmemiş, üretim veya işletme safhası başlamamıştır. İhale süreci henüz tamamlanmamış yatırımların ÇED'e tabi tutulmasının, ciddi kamusal zararlara yol açması söz konusu değildir. Ayrıca bu safhada çevrenin kirlenmesi veya tahribatı bakımından geri dönülemez bir aşamaya gelinmemiştir. Bu aşamada, ilgili yatırım yönünden varsa olumsuz çevresel etkilerin önlenmesi ve/veya çevreye zarar vermeyen, hukukun ve çevresel açıdan kabul edilebilir bir düzeyde en aza indirilmesi için alternatif çözümler bulunmak üzere ÇED uygulaması yapılması mümkündür. Dolayısıyla henüz ihale süreci tamamlanmayan ve fiilen hayata geçirilmeye başlanmayan yatırımların, Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete yüklenin çevrenin korunması ödevinin bir gereği olduğu kabul edilen ÇED uygulamasının dışında tutulmasının zorunlu bir önlem niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla, kuralın yürürlüğe girdiği 29.5.2013 tarihi itibarıyla henüz üretim ya da işletmeye başlamamış veya ihale süreci henüz tamamlanmayan kamu yatırım projelerinin ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılmak suretiyle sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralda yer alan "... *planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...*" ibaresi Anayasa'nın 13. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, Anayasa'nın 2., 11., 17., 43., 44., 45., 90., 138., 168. ve 169. maddeleri yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

b- Maddenin "...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya..." İbaresinin Dışındaki Bölümü

Dava konusu kuralın "...*planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...*" ibaresi dışındaki bölümüyle, 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınan, 29.5.2013 tarihi itibarıyla üretim veya işletmeye başlamış projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılması öngörülmektedir.

Bu projelerde ihale aşaması tamamlanmış, üretim veya işletme faaliyeti başlamıştır. Üretim ve işletme safhasına geçmiş proje ve yatırımların ÇED'e tabi tutulması, daha büyük kamusal zararların oluşmasına yol açabilecektir. ÇED'in temel amacı, faaliyetlerin olası olumsuz çevresel etkilerini ve olumsuz etkileri önleme yöntemlerini tespit etmek, bu tespitlere göre karar vericilerin yatırım konusunda doğru karar vermelerini sağlamak olduğuna göre, üretim veya işletme aşamasına geçilmiş yatırımlar yönünden ÇED uygulaması yapılmasının, çevrenin korunmasını, çevre kirliliğinin ve tahribatının önlenmesini sağlayamayacağı açıktır. Üretim veya işletme aşamasına geçilmesiyle çevreyi etkileyen birtakım yatırımlar da hayata geçirilmiş olmakta ve yapılacak ÇED uygulaması sonucu söz konusu yatırımların önemli çevresel etkilerinin bulunduğu kanaatine ulaşılsa dahi çevrenin eski haline döndürülmesi çoğu zaman mümkün olmayabilecektir. Ayrıca bu gibi hallerde olumsuz çıkacak ÇED raporlarının gereğinin yerine getirilmesinin zorunlu tutulması, doğayı eski haline getiremeyeceği gibi, yapılan masrafların da boşa gitmesine ve

kamu kaynaklarının heba olmasına yola açabileceğinden daha büyük kamusal zararlara neden olabilecektir.

Belirtildiği üzere ÇED'in temel amacı, faaliyetlerin olası olumsuz çevresel etkilerini ve olumsuz etkileri önleme yöntemlerini tespit etmek, bu tespitlere göre karar vericilerin yatırım konusunda doğru karar vermelerini sağlamaktır. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde ÇED'in yatırım ile ilgili planlama ve karar alma sürecinde etkin olduğu görülmektedir. Dava konusu kuralda ise karar aşaması geçmiş, üretim veya işletme aşaması başlamıştır. Bu anlamda kamu yatırım projesinde üretim veya işletmeyi durdurarak önceki aşamalara dönmenin, çevresel etkinin önceden belirlenmesi ve bu belirleme göre çevreye olumsuz etkisi varsa önlem alınmasına katkısı olmayacaktır. Bununla birlikte faaliyette olan projenin çevreye olumsuz etkisi var ise Devletin denetim yapma ve denetim sonucunda yaptırım uygulama yükümlülüğü devam etmektedir. Belirtilen durumda olumsuz çevresel etkinin giderilmesi için başta 2872 sayılı Kanun olmak üzere yürürlükteki çevreye ilişkin mevzuatın uygulanması gerektiği açıktır.

Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eden sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilmesi, Devletin görevleri arasındadır. Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilmiştir. Ekonomik ve mali olarak güçlü olmak Devletin bu ödevleri yerine getirmesinin en önemli koşulları arasındadır. Bu amaç için kalkınma ve ekonomik gelişmişliğin üst seviyelere çıkması gerekmektedir. Kalkınma ve ekonomik gelişme için kamu yatırımlarının ve bu yatırımlarda kullanılacak kaynakların olumlu ve verimli kullanılmasının önemi açıktır. Kural kapsamındaki kamu yatırımları, istihdam, üretim veya işletmeye başlamış, diğer anlatımla ciddi mali kaynaklarla gerçekleştirilmiş ve artık ekonomiye katkı verir hâle gelmişlerdir. Bu yatırımların ekonomik ve sosyal hayata yaptıkları katkı ile çevreye zarar vermeleri durumunda faaliyetlerinin durdurulması dâhil olmak üzere ciddi yaptırımlara muhatap olabilecekleri birlikte değerlendirildiğinde, üretim veya işletmelerinden vazgeçilmesinin giderilmesi mümkün olan çevresel etkiden daha olumsuz etki yaratacağı söylenebilir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, 23.6.1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınan, 29.5.2013 tarihi itibarıyla üretim veya işletmeye başlamış projeleri ve bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin ÇED uygulamasının kapsamı dışına çıkarılmasının, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın “...*planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya...*” ibaresi dışındaki bölümü Anayasa'nın 13. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2., 11., 17., 43., 44., 45., 90., 138., 168. ve 169. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.5.2013 tarihli ve 6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 4. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesinin;

a- İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki "bir" ibaresinin "iki" şeklinde değiştirilmesine,

b- Üçüncü fıkrasına eklenen cümlelere,

2- 12. maddesiyle, 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin "...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya..." ibaresi dışında kalan bölümüne,

yönelik iptal istemleri, 3.7.2014 tarihli ve E.2013/89, K.2014/116 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu cümlelere, bölüme ve değişikliğe ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

B- 12. maddesiyle 2872 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddede yer alan "...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya..." ibaresine ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

3.7.2014 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

21.5.2013 tarihli ve 6486 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 4. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının birinci cümlesindeki "bir" ibaresinin "iki" şeklinde değiştirilmesinin,

2- Üçüncü fıkrasına eklenen cümlelerin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve bu cümlelere ve değişikliğe ilişkin iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 12. maddesiyle, 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin;

1- "...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3.7.2014 tarihinde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2013/89
Karar Sayısı : 2014/116

KARŞIOY YAZISI

6486 sayılı Kanun'la 2872 sayılı Çevre Kanunu'na eklenen Geçici Madde 3'le, 23/6/1997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, Kanun'un (6486) yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesislerin Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışında tutulması öngörülmüştür.

Maddenin "...planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya..." bölümünün iptaline oybirliğiyle karar verilmiş ise de maddenin kalan bölümünün de aşağıdaki nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır:

Maddenin iptal edilen ibare dışındaki bölümü, ihale aşaması geçmiş ve üretim veya işletmeye başlamış olan projeleri kapsamakta, bunları ÇED'den muaf tutmaktadır.

Çoğunluk düşüncesi, kamu kaynakları kullanılarak yapılıp üretime geçen ve milli ekonomiye katkı sağlamakta olan yatırımların çevresel nedenlerle faaliyetlerinin durdurulması veya yaptırımlarla karşılaşmasının, olumsuz çevresel etkilerden daha sakıncalı olacağı varsayımına dayanmaktadır. Bu düşünce kabul edildiğinde, ölümcül çevresel etkileri olabilecek olsa dahi bir kez tamamlanıp işletmeye başlamış bulunan yapı ve tesislerin işletilmesiyle elde edilecek ekonomik kazançların sağladığı kamu yararı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını korumaya yönelik kuralların sağladığı kamu yararına üstün tutulabilecektir.

Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen **sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı**, Anayasa Mahkemesinin 21.7.2012 tarihli ve 28360 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Esas:2011/110, Karar:2012/79 sayılı kararında isabetle vurgulandığı üzere, *"...getirilecek kuralın, ekonomik, bürokratik ve fiili yükümlülüklerle yol açacağı ve üretim faaliyetlerinin etkileneceği gerekçeleriyle vazgeçilecek haklardan değildir"*.

Anayasa Mahkemesinin önceki kararında da belirtildiği üzere herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını koruma ödevi altında bulunan Devletin, vatandaşların sağlıklı yaşam hakkını ekonomik çıkarlarla takas etme hak ve yetkisi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 56. maddesine aykırı olan cümlenin geri kalan bölümünün de iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2013/89
Karar Sayısı : 2014/116

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.5.2013 günlü, 6486 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 9.8.1983 günlü 2872 sayılı Çevre Kanunu'na eklenen geçici 3. madde de "23/61997 tarihinden önce kamu yatırım programına alınmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle planlama aşaması geçmiş ve ihale süreci başlamış olan veya üretim veya işletmeye başlamış olan projeler ile bunların gerçekleştirilmesi için zorunlu olan yapı ve tesisler Çevresel Etki Değerlendirilmesi kapsamı dışındadır." denilmektedir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." hükmü yer almaktadır. Sözü geçen maddenin gerekçesinde, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın Devletin ödevi olduğu, Devletin hem kirlenmenin önlenmesi hem de tabii çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Madde de sosyal haklar arasında "çevre hakkı" düzenlenmekte ve bu hakkın kullanılmasında herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bilindiği gibi çevre hakkı yaşam

hakkı ile yakından ilgili olup bugünkü kuşakları olduğu kadar gelecek kuşakları da ilgilendiren bir haktır.

Çevre Kanununda “**çevresel etki değerlendirmesi,**” gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade ettiği, “**Sürdürülebilir çevre**” ise gelecek kuşaklara ihtiyaç duyacağı kaynakların varlık ve kalitesini tehlikeye atmadan bugünü ve gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin sosyal ekonomik fiziki vb. gibi korunması ve geliştirmesi sürecini kapsadığı şeklinde tarif edilmiştir.

Günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. ÇED ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

ÇED kapsamı dışında tutulan proje ve faaliyetlerin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki proje ve faaliyetlerde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenmesi için ÇED’in öngörülmesi, Anayasa’nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir.

Dava konusu kuralda çevresel olarak ciddi ve geri dönülemeyecek etki bırakabilme ihtimali olan bazı kamu proje ve faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulması Anayasa’nın 56. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenle kuralın iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ