

**İMAR KANUNU'NUN 42. MADDESİ**  
**- Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeni Düzenleme**  
**Hakkında Bir Değerlendirme-**

Doç. Dr. Melikşah YASİN\*

İmar düzeninin sağlanması amacıyla, başta yasalar olmak üzere, imar planları ve düzenleyici işlem ve kararlar ile kurallar konulmuş ve bu kuralların ihlali de çeşitli idari yaptırımlara tabi kılınmıştır. Ruhsata veya yapı kullanma izni verilmemesi, yıkım, idari para cezası uygulanması gibi yaptırımlar, imar düzeninin korunması veya bozulan düzenin yeniden kurulmasını sağlar. İmar Kanununun 42. maddesi de hukuka aykırı yapılar hakkında uygulanacak olan idari para cezalarını düzenlemektedir. Söz konusu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 tarih ve E. 2005/5, K.2008/93 sayılı kararı ile iptal edilmiş, bu iptal kararı üzerine ise 09.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış, daha doğru bir ifade ile yeniden düzenlenmiştir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin İmar Kanununun 42. maddesi hakkında verdiği iptal kararının gerekçeleri ve iptal nedenleri ile yeni düzenleme irdelenecektir.

**I. İmar Kanununun 42. Maddesi ve İptal Gerekçesi**

**1.1.** Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen İmar Kanununun 42. maddesinde idari para cezaları şu şekilde düzenlenmişti:

*"Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 TL. dan*

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

25000 000 liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'i uygulanır.

*Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanunun 28, 33, 34, 39 ve 40 nci maddeleri ile 36 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide 500 000 TL.dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.*

*Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.*

*Yukarıdaki fıkralarda gösterilen cezalar, ilgisine göre doğrudan doğruya belediyeler veya en büyük mülki amir tarafından verilir.*

*(Beşinci fıkra, Anayasa Mahkemesinin 15.5.1997 günlü, E.1996/72, K.1997/51 sayılı kararı ile iptal edilmiştir).*

*İlgili idarenin Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla sulh ceza mahkemesine başvurması üzerine, bu mahkemelerce ayrıca, yukarıdaki fıkralara göre ceza verilen fenni mesuller ve müteahhitler hakkında bir yıldan beş yıla kadar meslekten men cezasına da hükmolunur.*

*Bu husustaki mahkeme kararları ilgili idarelerce Bakanlığa ve meslek mensubunun bağlı olduğu meslek teşekkülüne bildirilir.*

*Bu maddeye göre belediyelerce verilen cezalar dolayısıyla tahsil olunan paralar belediye bütçesine irat kaydolunur".*

**1.2.** Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme idari para cezaları konusunda, alt ve üst sınırı belirlemek kaydıyla, uygulanacak olan idari para cezasının miktarının tespiti konusunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Bu düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemdeki temel sorun, idarenin takdir yetkisinin kullanımında yaşanmıştır<sup>1</sup>. Özellikle, yapı çeşitliliğinin artması ve buna paralel olarak imar kurallarına yönelik ihlallerinin farklı boyutlarda gerçekleşmesi ne-

---

<sup>1</sup> YAŞAR Nuri; İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.274.

deniyle idari para cezası uygulanmasında adil bir denge, tutarlı bir uygulama ve farklı idare uygulamaları arasında birlik sağlanamamıştır<sup>2</sup>.

Bu dönemde idari para cezalarının iptali istemiyle açılan davalarda, idari yargı mercileri, para cezasının tespitine ilişkin takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını denetlerken çeşitli kriterleri göz önünde bulundurmıştır.

**1.3.** İdari para cezalarının miktarının belirlenmesinde, “İdarelerin, yasanın alt ve üst sınırlarını belirlediği bir alanda takdir yetkilerini kullanırken asgari haddin üzerinde bir karar vermeleri durumunda bu kararın nedenlerini de belirtmeleri gerektiği” kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Danıştay kararlarında idari para cezasının miktarı tespit edilirken; idarenin mahallinde yapılacak tespitle, ruhsatsız yada ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunu ve niteliğini saptamasının önemli olduğu, alt sınırın üzerinde para cezası belirlenmesi durumunda, takdir yetkisinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanıldığının, ruhsatsız yada ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunun ve niteliğinin de belirtilmesi suretiyle idarece açıklanması ve yasada yazılı alt sınırın üzerindeki miktarda para cezası verilmesinin gerekçelerinin objektif ölçütlere uygun biçimde ortaya konulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir<sup>4</sup>.

**1.4.** Alt sınırın üstünde idari para cezasının takdir edilebilmesi için de;

- Ruhsatsız yapının konumu, büyüklüğü, değeri, kullanım amacı ve niteliğinin saptaması<sup>5</sup>,

- Takdir yetkisinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanıldığının, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı hususların nelerden oluştuğunun ve niteliğinin de belirtilmesi suretiyle idarece açıklanması,

---

<sup>2</sup> Nitekim bu dönemde yayınlanan çalışmalarda, idareye tanınan bu takdir yetkisinin hangi kriterler çerçevesinde kullanılabileceğine dair önerilerde bulunulmuştur. ERGEN Cafer-BÖKE Veli; Kaçak Yapı, Seçkin Yay., Ankara 2006, 474-475.

<sup>3</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2003/4396, K. 2005/947, T. 18.2.2005.

<sup>4</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2005/6379, K. 2006/984, T. 10.3.2006.

<sup>5</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2004/1374, K. 2006/1416, T. 27.3.2006.

- Kanunda yazılı alt sınırın üzerindeki miktarda para cezası verilmesinin gerekçelerinin objektif ölçütlere uygun biçimde ortaya konulması<sup>6</sup>,

Gerektiği o dönemde verilen kararlar ile de kabul edilmiştir. Bu kararlar ile idarenin takdir yetkisinin sınırlarının tespitine yönelik objektif kriterlerin içtihatlarla ortaya konulması ve idarenin takdir yetkisini bu objektif ölçütler çerçevesinde kullanılmasına çalışılmıştır.

**1.5.** Ancak, bu içtihadi yaklaşım da, sorunu çözmekte yetersiz kalmış, özellikle de aynı nitelikteki imar ihlallerine farklı idarelerce farklı yaptırım uygulanması, hatta aynı idarenin aynı mahiyetteki imar ihlallerine farklı miktarda idari para cezası uygulamasına engel olamamıştır.

Neticede, söz konusu hüküm, Konya 1. İdare Mahkemesinin itiraz yoluyla başvurduğu Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Yüksek Mahkemenin iptal kararının gerekçesinde şu tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir:

*"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.*

*Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıl-*

<sup>6</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2005/1641, K. 2005/5523, T. 16.11.2005.

malıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasa koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde

*cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.*

*Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılır durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.*

*Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.*

*Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”*

**1.6.** Yüksek Mahkeme kararında yer alan temel tespitleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

- İdari para cezasının alt ve üst sınırı arasında miktarını belirlemek konusunda idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür,
- İdari makamların cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Kanunda gösterilmemiştir,
- Halbuki farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütlerin yasada gösterilmesi gereklidir.

- Bu nedenle iptali istenen 42. madde hukuk devleti ilkesine ve bu ilkenin alt ilkeleri olan; “belirlilik”, öngörülebilirlik” ve “idari istikrar” ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

- Hukuk kurallarının, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olması, uygulayıcılara güvence vermesi zorunludur.

- Bu kapsamda böyle bir düzenlemede; yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahzurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmediği.

**1.7.** Yüksek Mahkeme kararında, aynı zamanda, iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı, 05.11.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Böylece Karar 05.03.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine İmar Kanununun 42. maddesi, 5940 sayılı *İmar Kanunu İle Bayındırlık Ve İskân Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile yeniden düzenlenmiştir. Söz konusu değişiklik 17 Aralık 2009 tarih ve 27435 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu dönemde iki temel hukuki sorun ortaya çıkmıştır.

Birincisi; 42. maddenin iptal edilmesinden sonraki dört aylık süre içinde uygulanması mümkün müdür? Esasen bu sorun, İmar Kanununun 42. maddesi bağlamında güncelliğini yitirmiş olmakla beraber, benzer durumlar açısından da açıklayıcı olacağı düşüncesi ile irdelenmesinde yarar görülmüştür.

İkincisi; dört aylık sürenin sona ermesi ile yeni maddenin yürürlüğe girdiği 05.03.2009-17.12.2009 tarihleri arasındaki imar ihlallerine idari para cezası

uygulanması mümkün olacak mıdır? Yeni düzenleme hakkındaki tespit ve eleştirilerimizi ortaya koymadan önce geçiş dönemindeki bu iki temel sorun üzerinde durmak yararlı olacaktır.

**1.8.** 42. madde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmekle birlikte, kararın yürürlük tarihi, Anayasanın 153/3. maddesi kapsamında, kararın Resmi Gazetede yayınlanmasından dört ay sonra olarak belirlenmiştir. Ancak, Danıştay, Anayasa aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen kanun hükmüne dayalı olarak, tesis edilen idari para cezalarının hukuka aykırı olduğuna hükmetmektedir.

Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin emsal kararlarında şu değerlendirmelere yer verilmiştir.

“Anayasa'nın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralı, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların korunmasına yönelik olup, mutlak anlamda uygulanmayacağı görülmektedir. Öte yandan; Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış hükümler dikkate alınarak çözümlenmeleri Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, temyiz incelemesinin Anayasaya aykırılığı belirlenerek iptal edilen kurallara göre yapılmasına da olanak bulunmamaktadır.”<sup>7</sup>

“Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası “Kanun, Kanun Hükmünde Kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”; dördüncü fıkrası “iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.”; beşinci fıkrası ise, “İptal kararları geriye yürümez.” kuralını taşımaktadır. Anayasa Mahkemesince bir yasanın veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk dev-

<sup>7</sup> DANIŞTAY, 10. DAİRE, E. 2001/979, K. 2002/4881, T. 11.12.2002.



leti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. **Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup her durumda yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözülmesi sonucunu doğurmaz.** Anayasa Mahkemesince iptal kararının yürürlüğe girmesi için verilen sürenin, Mahkemenin iptal kararının gerekçesiyle birlikte dikkate alınması ve yorumlanması gerekmektedir<sup>8</sup>.”

İmar Kanununun 42. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra da Danıştay aynı yaklaşımını sürdürmüş ve anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesince tespit edilen kanun hükmüne göre işlem tesisini hukuka aykırı bulmuştur. Söz konusu kararın gerekçesi şu şekildedir:

“3194 sayılı imar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının “... 500.000 TL. dan 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir” bölümünün iptaline karar verilmiş ve bu iptal kararının doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan, gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüş, bu karar 5.11.2008 günlü, 27045 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ancak bu tarihten itibaren geçen dört aylık sürede bu konuda yeni bir yasal düzenleme yapılmamış ve karar 05.03.2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Anayasa'nın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralı, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların korunmasına yöneliktir. Öte yandan; Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış hükümler dikkate alınarak çözümlenmeleri Anayasanın üstünlüğü ve Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, temyiz incelemesinin Anayasaya aykırılığı belirlenerek iptal edilen kurallara göre yapılmasına da olanak bulunmamaktadır.

<sup>8</sup> DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ GENEL KURULU, E. 2009/549, T. 9.7.2009.

Bu durumda, dava konusu işlemin dayanağı yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olması ve bu kararın da yürürlüğe girmiş bulunması karşısında, idare mahkemesince, hukuka aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararı ile saptanmış yasa maddesi uyarınca verilen dava konusu para cezası hakkında, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınmak suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.<sup>9</sup>”

Yukarıda aktarılan Danıştay kararlarında da kabul edildiği üzere; Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir kanun hükmü – *velev ki bu kararın yürürlüğe girişi ileri bir tarihe ertelenmiş olsun*- esas alınarak işlem tesisi mümkün değildir. Dolayısıyla, 42. madde iptal edildikten sonra, bu kanunun yürürlüğe girişi tarihi ertelenmiş olsa dahi, bu hükme dayalı olarak idari para cezası verilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Zira Kanuni idare ilkesi çerçevesinde idarenin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekmekte olup kanunla düzenlenmemiş veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı ile yasal boşluk meydana gelmiş ise idarenin artık bu konuda işlem tesis edemez.

Diğer yandan; Anayasa Mahkemesi tarafından öngörülen sürenin sona ermesinden sonra ise idarenin iptal edilen ve yürürlükten kaldırılan bir kanun hükmünü uygulamasın mümkün olmayacağından bu kanuna hükmüne göre idari yaptırım da uygulayamayacaktır.

**1.9.** İkinci ve çözümü daha zor olan sorun ise; Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, 42. madde yeniden yürürlüğe girinceye kadar geçen süre zarfında meydana gelen imar ihlallerine idari para cezası uygulanıp uygulanmayacağıdır.

42. maddenin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra yeni hükmün yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede inşa edilen hukuka aykırı yapılar veya imalatlar nedeniyle ilgililer hakkında idari para cezası uygulanmasının mümkün olmadığı savunulabilir. Bu görüşün hukuksal dayanaklarını şu şekilde açıklamak mümkündür:

Öncelikle “bir hukuk devletinde adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında<sup>10</sup>” yasaların geçmi-

<sup>9</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2007/767, K. 2009/3601, T. 8.4.2009”

<sup>10</sup> AYM, E. 2007/77, K. 2010/50, T. 24.3.2010, RG., T.18 Mayıs 2010, S. 27585.

şe yürümesi mümkün değildir. Hukuka aykırı eylemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa hükmünün, bu eyleme uygulanarak idari para cezası uygulanması bu temel hukuk ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Diğer yandan, hukuk devletinde, bireylerin, mevcut koşullarda, fiil ve işlemlerinin ne tür hukuk sonuçlar doğuracağını öngörebilmeleri gerekir. Diğer yandan, gerçekleştiği tarihte, yaptırım öngörülmeleyen bir fiilin, daha sonra yürürlüğe giren bir yasa hükmü kapsamında müeyyideye maruz bırakılması “hukuk güvenliği” ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 42. maddenin iptaline ilişkin kararında, yasal düzenlemenin belirli, öngörülebilir olmamasını dahi hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuşken, fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmü doğrultusunda yaptırım uygulanması evlehiyetle hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

Bu durumda, 42. maddenin yeni halinin, hangi hukuka aykırı eylemlere uygulanacağı, hukuka aykırı imar faaliyetinin “gerçekleştiği tarih” esas alınarak belirlenmelidir. Dolayısıyla idarenin hukuka aykırı eylemi tespit ettiği tarih değil, hukuka aykırı yapı veya imalatın gerçekleştiği tarih esas alınarak 42. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir. Aynı yapı hakkında, yeni hükmün yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak yeni bir tespit tarihi esas alınarak idari para cezası uygulanması da bu ilkeler çerçevesinde mümkün değildir. Nitekim Danıştay, bu görüşü destekler mahiyeteki bir içtihadında,

“Para cezası uygulanırken ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan inşaatın tespit tarihinin esas alınarak ceza uygulamasına gidilmesi ve **eylemin meydana geldiği tarihte belirlenen para cezası miktarının uygulanması gerekmektedir.** Olayda tespit tarihi 08.11.2000 günü olmasına karşın işlem tarihinde geçerli olan para cezası miktarına göre ceza uygulanmasına gidildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde bu nedenle hukuka uyarlık bulunmamaktadır<sup>11</sup>.” diyerek idari para cezalarının miktarının tespitinde de, eylemin gerçekleştiği tarihin esas alınması gerektiğine hükmetmiştir.

Sonuç olarak, 42. maddenin iptal edilmesi ile yeni hükmün yürürlüğe girdiği tarihler arasında, inşa edilen hukuka aykırı yapı ve imalatlar hakkında uygulanacak idari para cezaları konusunda yasal boşluk meydana geldiği, bu nedenle bu dönemde gerçekleşen ihlallere idari para cezası uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyim.

<sup>11</sup> DANIŞTAY, 6. DAİRE, E. 2005/27, K. 2006/6616, T. 25.12.2006.

## II. 42. Maddenin Yeni Haline İlişkin Tespit ve Değerlendirmeler

**1.10.** Yasa koyucunun, 42. maddeyi yeniden düzenlerken, Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeleri dikkate aldığı, hukuka aykırı yapılara ilişkin, somut ve ayrıntılı denilebilecek kriterlerin tespit edildiği ve uygulanacak idari para cezasının da bu somut kriterler esas alınarak belirlendiği görülmektedir. Yapı kavramının niteliğinde meydana gelen değişiklik ve buna paralel olarak imar düzeninin ihlaline yönelik eylemlerin de çeşitlenmesi ve her birinin etki ve sonuçlarının da farklılaşması nedeniyle, idari para cezasının çeşitli kriterler dikkate alınarak belirlenmesi şüphesiz ki, çok daha adil olacaktır. Ayrıca bu şekildeki düzenlemenin Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen “belirlilik”, “öngörülebilirlik”, “hukuka güven”, “idari istikrar” gibi idare hukuku ilkelerine de uygun olduğu kuşkusuzdur.

**1.11.** Ancak, hükmün bu yeni halinde de, uygulamada tereddüt ve sorunlara yol açacak düzenlemeler bulunmaktadır.

Öncelikle yasanın yeni halinde tekerrür olarak nitelendirebileceğimiz ifadelere yer verilmiştir. Şöyle ki; maddenin 2. fıkrasında

“Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, aşağıdaki şekilde hesaplanan idari para cezaları uygulanır:” ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenleme ile ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılar hakkında,

- Mülkiyet durumu,
- Bulunduğu alanın özelliği,
- Durumu,
- Niteliği ve sınıfı,
- Yerleşmeye ve çevreye etkisi,
- Can ve mal emniyetini tehdit etmesine,
- Aykırılığın büyüklüğü,

Esas alınarak, beş yüz Türk lirasından az olmamak üzere idari para cezası uygulanacağı ifade edilmiş, ardından aynı maddenin (c) bendinde ise bu defa bu kriterler tek tek sayılarak, hangi kriterlere göre idari para cezasının ne oranda arttırılacağı yeniden düzenlenmiştir. Dolayısıyla, zaten (c) bendinde düzenlenmiş olan kriterlerin, 2. fıkrada düzenlenmesi gereksiz olduğu gibi, uygulamada, üst limitin belirlenmesinde, aynı kriterlerin iki defa kullanılarak para cezasının tespit edilmesi olasılığı da vardır. Zira madde metninde,

“... bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere” idari para cezası uygulanacağının ifade edilmiş olması, ardından kriterlerin de ayrıca sayılmış olması, bu fıkraya göre belirlenecek olan miktar üzerinden hesaplama yapılması gibi yanlış bir sonuca ulaşılabilir. Şüphesiz ki; hükmün bu şekilde anlaşılması ve uygulanması hukuka uygun olmayacaktır.

**1.12.** İdare idari para cezasını hesaplarken; kanunun (a) ve (b) bentlerine göre idari para cezasının asıl miktarını tespit edecek, daha sonra (c) bendinde belirtilen kriterlerden hangileri ihlal edilmiş ise bu bentte belirtilen oranda bu asıl ceza arttırılacaktır<sup>12</sup>. Hemen şunu da ifade etmek gerekir ki; idari para cezasının tespitinde, yapının Bakanlıkça tespit edilen grup ve sınıfına göre miktarın belirlenmesi son derece isabetli olmuştur. Zira yapılar niteliklerine göre gruplara ayrılmış, aynı grup içindeki yapılar da sınıflara ayrılmıştır. Örneğin; basit kümes ve basit tarım yapıları I. Grup A sınıfı yapı, villalar 4 Grup B sınıfı yapı olarak kabul edilmiştir. 3. Grup yapı olarak kabul edilen konutlar ayrı sınıflara ayrılmış, örneğin dört kata kadar -dört kat dâhil- asansörsüz ve kalorifersiz konutlar A sınıfı, asansörlü ve/veya kaloriferli konutlar ise B sınıfı olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla nitelikleri farklı bu yapılar için farklı miktarlarda idari para cezası uygulanması son derece isabetli ve hakkaniyete uygun ve uygulamada da birlik sağlayacak mahiyette bir düzenleme öngörülmüştür.

**1.13.** 42. maddenin (c) bendinin 1. Alt bendinde yapı “*Hisseli parselde diğer maliklerin muvafakati alınmaksızın yapılmış ise cezanın % 30'u,*” ilave olunacağı ifade edilmiştir. Ancak, ruhsat talebinde taşınmazın tapusunun idareye

<sup>12</sup> KALABALIK Halil; İmar Hukuku, 3.Baskı, c.2, Seçkin Yay., Ankara 2010, s.1782.

sunulması gerektiğinden, ruhsatlı yapılarda diğer maliklerin rızası olmaksızın yapı inşası, ancak idarenin hatası veya ilgilinin hilesi/yanılması ile mümkün olabilir. Bu nedenle, bu hükmün uygulanmasında bu husus dikkate alınmalı, ruhsat talebinde bulunanın tapu kayıtlarını tam ve eksiksiz olarak idareye sunmasına rağmen idare taşınmaz maliklerinden biri adına ruhsat düzenlemiş ise kendi kusurundan kaynaklanan bu sebepten dolayı idari para cezası uygulanmaması gerekmektedir. Diğer yandan, yapı ruhsatsız olsa dahi, ruhsatsız olduğu için zaten ceza miktarı arttırılacağından, sadece diğer maliklerin rızasının alınmamış olmasının, cezayı arttıran bir hal olmadığı da savunulabilir. Zira diğer maliklerin rızasının alınması, imar düzeni bozan, ya da doğrudan olumsuz etkileyen bir durum değildir ve daha çok malikler arasındaki hukuki bir ihtilaf olarak görünmektedir. Bu nedenle idarenin, ceza miktarını tayin ederken diğer maliklerin rızasının alınmamasını ceza miktarını arttıran bir etken olarak düzenlemesinin gereksiz olduğu da savunulabilir. Kısacası, diğer maliklerin muvafakati olmadan ruhsat düzenlenmemesi çok daha pratik ve bireylerin de mağduriyetlerini engelleyici bir çözüm olacaktır.

**1.14.** 42. maddenin (c) bendinin 2. alt bendinde ise, yapı “Kamuya veya başkasına ait bir parselde yapılmış ise cezanın % 40’i” ilave edilir hükmüne yer verilmiştir. Buradaki sorun ise, “kamuya veya başkasına ait parselde yapılan” yapının “gecekondur” niteliğinde olduğudur. 775 sayılı Gecekondur Kanunu’nun 2. maddesine göre; “Bu kanunda sözü geçen (Gecekondur) deyimi ile imar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar kastedilmektedir.” Gecekondur hakkında uygulanacak işlemler bu kanunda düzenlenmiştir. Bu durumda; “Kamuya veya başkasına ait bir parselde yapılmış yapılar” açısından hangi kanunun esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

775 sayılı Kanunun 18.maddesine göre;

*“Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalar veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır.*

*Yıkım sırasında lüzum hasıl olduğunda, belediyeler ilgili mülkiye amirlerine başvurarak yardım isteyebilirler. Mülkiye amirleri, Devlet zabıtası ve imkanlarından faydalanmak suretiyle, izinsiz yapıların yıkım konusunda yükümlüdürler.*

*Özel kişilere veya bu maddenin 1 inci fıkrasında sözü geçenler dışındaki tüzel kişilere ait arazi ve arsalar üzerinde yapılacak izinsiz yapılar hakkında, arsa sahiplerinin yazılı müracaatları üzerine ve mülkiyet durumlarını tevsik etmeleri şartıyla bu madde hükümleri, aksi halde genel hükümler ve 3194 sayılı İmar Kanunu hükümleri uygulanır.”*

Bu durumda; “başkasına ait arsa veya arazi üzerine inşa edilen” yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun, dolayısıyla da 42. madde hükümlerinin uygulanabilmesi; ancak 775 sayılı Kanunun 18. maddesinin son fıkrası kapsamında mümkün olabilecektir. Eğer arazi ve arsa maliki, 775 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasını talep eder ise bu durumda yapının hemen yıkılması gerekecek ve dolayısıyla da idari para cezası uygulanması da mümkün olmayacaktır.

**1.15.** Aynı bendin 5. alt bendinde, yapı, uygulama imar planı bulunan bir alanda yapılmış ise cezanın %20 oranında artırılması öngörülmektedir. Bilindiği üzere, 1/1000 ölçekli plan olmayan alanlarda imar uygulaması yapılması istisnai bir durumdur. Diğer bir ifade ile Uygulama İmar Planı olmayan alanlarda imar uygulaması yapılması, kural olarak, mümkün değildir. Ancak, bu hüküm, adeta uygulama imar planı bulunmayan yerlerde yapılaşma yapılmasını, daha az mahzurlu veya daha mazur görülebilecek bir davranış olarak kabul etmiştir. Halbuki bazı durumlarda, uygulama imar planı bulunan yerlerdeki yapılaşmanın imar düzeni açısından olumsuz etkileri daha da az olabilmektedir. Örneğin, bazen ruhsat almadan, ancak uygulama imar planı ile getirilen esaslara ve imar mevzuatına uygun olarak yapılaşma yapılabilir ve bu tür yapıların ruhsata bağlanması da mümkündür. Dolayısıyla uygulama imar planı olan yerlerdeki ruhsatsız yapılaşma her zaman, uygulama imar planı olmayan yerlerden daha olumsuz sonuçlar doğurmayacağı gibi uygulama imar planı bulunmaması da mevzuata aykırı yapıları mazur göstermez. Bu nedenle bu düzenlemenin haklı ve gerekli bir düzenleme olmadığı kanaatindeyim.

**1.16.** 42/c maddesinin 6 ve 7. bentlerine göre, yapı, yapılaşmaya yasaklanmış bir alanda yapılmış ise cezanın % 80, özel kanunlar ile belirlenmiş özel imar rejimine tabi bir alanda yapılmış ise cezanın %50 oranında ilave edileceği öngörülmüştür. Ancak, bilindiği üzere, bazı özel kanunlarda, yapılaşma yasaklanmış alanlarda veya özel imar rejimi olan yerlerde, bu yerlere ilişkin kurallara uymadan yapı yapılması durumunda, bu kanunların bazılarında idari para cezası uygulanması öngörülmektedir. Örneğin, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunununda, bu kanunla düzenlenen yerlerdeki yapılaşma kurallarına uymayanlara aynı kanunun 26. maddesi kapsamında idari para cezası uygulanması öngörülmüştür. Bu düzenleme karşısında, özellikle “*Ne Bis İn İdem*” kuralının aynı fiilen dolayı iki defa idari yaptırım uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorunu üzerinde durmak gerekir. Bilindiği üzere bu kural; aynı fiilen dolayı birden fazla ceza almamayı öngören bir ceza hukuku ilkesidir. Söz konusu ilkenin idare hukukunda geçerli olup olmadığı tartışmalı olup söz konusu ilkenin idare hukukunda sınırlı bir geçerliliğe sahip olduğu kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Aynı fiil nedeniyle birden fazla idari yaptırım uygulanmasına ilişkin sorunun, farklı açılardan değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Öncelikle; aynı fiil nedeniyle, farklı türlerden idari yaptırım uygulanması mümkündür. İdari yaptırımların sadece cezalandırma değil aynı zamanda kişilerin kamu düzeninin korunmasına yönelik hukuk kurallarına riayet ettirilmesini sağlamaktır. Bu iki amacın birlikte gerçekleşebilmesi için bazen birden farklı türde idari yaptırım uygulanması gerekebilir. Örneğin; hukuka aykırı bir fiil nedeniyle hem idari para cezası hem müsadere yaptırımı birlikte uygulanabilir. Çünkü burada uygulanan yaptırımların amacı, hem kişiyi cezalandırma hem de hukuka aykırılığı gidererek kamu düzenini yeniden sağlamaktır. Nitekim 3194 sayılı Kanunda hem hukuka aykırı ve ruhsata bağlanması mümkün olmayan yapıların yıkılması hem de yapı sahibine idari para cezası uygulanması öngörülmektedir. Böylece; hem imar düzenine aykırı yapı ortadan kaldırılarak bu düzen yeniden sağlanmakta hem de kişiler idari para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Diğer yandan; farklı kanunlar aynı fiil hakkında farklı idari müeyyideler öngörmüş olabilir. Bu durumda da bu kanunlarda öngörülen yaptırımların uygu-

<sup>13</sup> Bu konuda bilgi için bkz. OĞURLU Yücel; İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara 2001, s.79 vd., ÇAĞLAYAN Ramazan; İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yay., Ankara 2006, s.42.



lanması gerekmektedir. Her kanunun korumak istediği hukuki yarar farklı olduğuna göre bu hükümlere aykırı fiillere de bu kanunlar kapsamında farklı müeyyidelerin uygulanması mümkün olmalıdır.

Ancak asıl sorun; aynı fiil nedeniyle aynı mahiyette birden fazla müeyyidenin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Esasen, burada yaptırımın türü önem taşımaktadır. Örneğin; bir fiil nedeniyle bir mal hakkında müsadere yaptırımı uygulanmış ise, aynı fiilden dolayı ikinci bir müsadere uygulanması fiilen zaten mümkün olmayacaktır. İdari para cezaları açısından ise sorun daha tartışmalıdır. İnceleme konumuzda olduğu gibi; bir yapı hem 3194 sayılı Kanununa aykırı olarak yapılması nedeniyle hem de bir başka kanuna aykırılıktan dolayı her iki kanunda öngörülen idari para cezası uygulanabilir mi? Yukarıda da açıklandığı üzere; idari yaptırımların iki temel amacı bulunmaktadır. İdari para cezaları ise bu amaçlardan “cezalandırma” amacına yönelik bir yaptırımdır. Bu nedenle, kanaatimce, bireylerin aynı fiil nedeniyle iki defa cezalandırılmaması kuralı bu duruda uygulanmalı ve aynı fiilen dolayı kişilere iki defa idari para cezası uygulanmamalıdır.

**1.17.** 42/c maddesinin 8, 9, 10. alt bentlerinde ise yapının ruhsatsız olması durumunda %180, ruhsatı hükümsüz hale gelmesine rağmen inşaatı sürdürülüyor ise cezanın % 50'si, Yapı kullanma izin belgesi alınmış olmakla birlikte, ruhsat alınmaksızın yeni inşaat faaliyete konu ise cezanın % 100'ünün ilave edileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin ise iki açıdan hukuka aykırı olduğu kanaatindeyim. Zira 42. maddenin (a) bendi kapsamında idari para cezası uygulanması için zaten yapının ruhsatsız veya ruhsata aykırı olması gerekir. Diğer bir ifade ile (a) bendi kapsamında para cezası uygulanması için, diğer bentlerde yazılı olan haller gerçekleşirse dahi, yapının ruhsatsız ve ruhsata aykırı olması yeterlidir. Dolayısıyla, (a) bendi ile belirlenen müeyyideye bağlanan fiil, ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapı yapılması olup, diğer bentlerde ise cezayı ağırlaştırıcı unsurlar düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile bir yapıda sadece ruhsata aykırı unsurlar bulunsa, bu yapı hakkında sadece (a) bendi çerçevesinde hesaplanacak ceza uygulanmalıdır. Yapının ruhsatsız olması veya ruhsat süresinin bitmesi gibi durumların, ayrıca bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemesi gerektiği kanaatindeyim.

**1.18.** Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan ve objektif kriterlere örnek olarak gösterilen, inşai faaliyetlerin tamamlanmış olması, yapının iskan ediliyor olması ve çevre ve görüntü kirliliğine sebebiyet veriyor olması gibi durumlar da idari para cezasını ağırlaştırıcı unsurlar olarak düzenlenmiştir. Hemen şunu ifade edelim ki; her hukuka aykırı yapının çevre ve görüntü kirliliğine neden olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Örneğin, imar kurallarına ve mevzuata uygun ancak ruhsat alınmadan yapılmış bir yapının çevre ve görüntü kirliliğine neden olduğu ileri sürülemez. Bu hüküm kapsamında cezanın ağırlaştırılabilmesi için ayrıca çevresel ve estetik değerler açısından olumsuz bir duruma yol açması gerekir.

**1.19.42.** maddede yer alan ilginç düzenlemelerden biri de, bu madde kapsamında tahsil olunan idari para cezalarının, aynı fiil nedeniyle 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184 üncü maddesine göre mahkûm olanlara faizsiz olarak iade edileceğine ilişkin fıkradır. Bilindiği üzere, 184. maddeye göre *“Yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”*.<sup>14</sup>

*“Ne Bis In Idem”* kuralının idari yaptırımlar açısından geçerliliğinin tartışmalı bir konu olduğu, konu hakkında doktrinde ve yargı kararlarında bir görüş birliği olmadığı ifade edilmişti. Ayrıca, imar yaptırımları ile birlikte ceza yaptırımının uygulanmasına bir engel bulunmadığı, her iki yaptırımın amaç, sonuç, hukuki dayanak ve usulünün farklı olduğu ifade edilmektedir<sup>15</sup>.

Yasa koyucu, bu düzenleme ile söz konusu ilkeyi 42. madde kapsamında uygulanacak idari para cezaları açısından kabul etmiştir.

Türk Ceza Kanununun 184. maddesi kapsamında, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapı inşa edenler aleyhine kamu davası açılmaktadır. Bu nedenle de 42. madde kapsamında verilen idari para cezalarının uygulanması fiilen imkânsız hale gelmektedir. Halbuki yukarıda üzerinde durulduğu üzere, idari yaptırımlar ile ceza hukuku müeyyidelerinin amaçları, yöntemleri, sonuçları birbirinden tamamen farklıdır. Bir hukuka aykırı eylem hem suç hem de kabahat (idari suç) teşkil

<sup>14</sup> İmar kirliliği suçuna ilişkin olarak bkz. ÇOLAK N. İlker; İmar Hukuku, On İki Levha Yay., İstanbul 2010, s.462.

<sup>15</sup> YILMAZ Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin Yay., Ankara 2002, s.81.

ediyor ise hem idari soruşturma açılarak idari müeyyide uygulanması hem de ceza davası açılarak cezai müeyyide uygulanmasına bir engel yoktur. Halbuki söz konusu yasal düzenleme ile ceza davasından ceza alanlara, idari müeyyide uygulanması imkansız hale gelmektedir. Özellikle; imar kirliliğinin son derece yaygın olduğu ülkemizde ceza davası mahkumiyeti ile birlikte idari para cezası uygulanmasının özellikle yaptırımların “caydırıcılığı” açısından gerekli olduğu kanaatindeyim.

Ancak hemen şunu ifade edelim ki; eğer aleyhine bu suçtan dolayı dava açılan bireyler suç teşkil eden eylemin gerçekleşmediği veya sanığın bu suçu işlememesi nedeniyle beraat ederse, bu durum uygulanan idari para cezası aleyhine açılacak iptal davaları açısından da etkili olacaktır. Diğer bir ifade ile hakkında imar kirliliği suçundan dolayı açılan ceza davalarında, suçun oluşmadığı veya sanık tarafından işlenmediğine karar verilirse bu tespit idari para cezasını da etkileyecektir<sup>16</sup>.

## SONUÇ

İmar Kanununun 42. maddesi, İmar Kanununun diğer pek çok hükmü gibi, günümüz ihtiyaçları karşısında yetersiz kalmış ve farklı uygulama ve sonuçlara yol açmıştır. İdareye tanınan geniş takdir yetkisinin sınırları idari yargı kararları ile belirlenmeye gayret edilmiş ise de, bu sınırların yasal düzenleme ile belirlenmemiş olması nedeniyle yetersiz kalmıştır. Aynı hüküm, idareler tarafından, hatta kimi zaman aynı belediye tarafından farklı şekillerde uygulanmıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin son derece haklı tespitleri ile söz konusu hükmü iptal etmesi, bu sorunların aşılmasına önemli katkı sağlayacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararında, aynı zamanda kriter belirleme yoluna gitmiştir. Örnek mahiyetindeki bu kriterler, yasama organı tarafından yeni düzenleme yapılırken, dikkate alınmıştır. Ancak, özellikle imar para cezaları için getirilen yeni kriterlerin bazılarının uygulamada sorunlara yol açacağı, tek fiilden dolayı birden fazla idari para cezası uygulanması gibi uygulamaların ortaya çıkabilece-

<sup>16</sup> Benzer durum kamu görevlilerinin, aynı zamanda suç teşkil eden disiplin suçları için de söz konusu olup, Danıştay içtihatlarında da, aynı zamanda disiplin suçu teşkil eden suçlar hakkında açılan ceza davalarında memurun suçun oluşmadığı veya suçun memur tarafından işlenmediği gerekçesi ile beraat kararı verilmesi durumunda disiplin soruşturması ve disiplin cezasını etkileyeceği kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARAN Nur; Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Seçkin Yay., Ankara 2003, s.96.

ğini söyleyebiliriz. Bu nedenle, öncelikle, ruhsatsız ve ruhsata aykırı yapılara uygulanacak asıl ceza ile cezayı ağırlaştırıcı unsurlar ayrı ayrı ele alınmalıdır. Ancak uygulamada yerel yönetimlerin ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılar hakkında idari para cezaları tesis ederken, hemen hemen tüm ağırlaştırıcı unsurların da var olduğunu kabul etmekte, neticede neredeyse yapının maliyetine yaklaşan oranlarda idari para cezaları ortaya çıkmaktadır. Şu husus da unutulmamalıdır ki; idarenin ruhsata bağlanması mümkün olmayan ve kamu düzeni açısından risk oluşturan yapıları yıkma görev ve yetkisi bulunmaktadır. Öyle ise uygulanacak olan idari para cezasının ölçülülük ilkesine uygun olarak, makul ve orantılı bir şekilde hesaplanması gerekmektedir. Diğer yandan, imar kirliliği suçu nedeniyle aleyhlerine kamu davası açılan kişilerin, bu davada ceza almaları durumunda, idari para cezalarının iadesi de 42.maddenin uygulanmasını fiiline imkansız hale getirmekte ve yaptırımın caydırıcılığını olumsuz etkilemektedir. Zira yine uygulamada, yerel yönetimler tespit ettikleri tüm ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılar hakkında tutanak düzenlemekte, aynı zaman kendi cezai sorumluktan kurtulmak için adli makamlara suç duyurusunda bulunmaktadırlar. Bu hüküm, zaman içinde işlevsiz kalacak, idari para cezası uygulanmasının bir anlamı ve etkisi kalmayacaktır.