

# Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a-b Maddesinin İptaline ve Bu Kararın Yürürlüğünün Ertelemesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Bağlamında Bazı Değerlendirmeler

Hakemli Makale

**İhsan BAŞTÜRK**

Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı. (Ph. D., Public Prosecutor, Supreme Court) ihsanbasturk@yargitay.gov.tr

## ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı Kanun'un 65/a ve b maddelerindeki fiillere ilişkin düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğundan iptaline ve bu **hükmün yayımından bir yıl sonra** (13.10.2013 tarihinde) yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasanın "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmü, ceza hükmü taşıyan kanunun iptali söz konusu olunca hukukun temel ilkelerinden birisi olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi" ile çatışmaktadır. Ceza normuna ilişkin ve fail lehine sonuç doğuran bir iptal kararı söz konusu olduğunda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesiyle amaçlanan hukuki güvenlik yanında suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin de hukuk devleti ile temel hak ve özgürlüklere saygının sağlanması açısından bir o kadar önem taşımakta olduğuna kuşku yoktur.

Ceza hukukunun bir değerler sistemi olduğu nazara alındığında, kanunilik ilkesinin bu sistemin vazgeçilmez bir parçası olduğu tartışmasızdır. Kökeni 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'a kadar uzanan kanunilik ilkesini, ceza hukukunun güvence fonksiyonunun temel taşı olarak nitelemek ve her şartta uyulmasını sağlamak hukuk devletinin temel görevlerindedir. Bu itibarla, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde adalet ve hakkaniyet düşünceleri gözeticiler tarafından kanunilik ilkesinin uygulanması hukuk güvenliğine tercih edilmeli ve *sanık lehine olan iptal kararı derhal uygulanmalıdır*.

## Anahtar Kelimeler

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi, İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesi

## ABSTRACT

### SOME REVIEWS ON TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION ABOUT THE ANNULMENT AND POSTPONEMENT OF COMING INTO FORCE OF ARTICLE 65/A AND B OF LAW NO. 2863 (CULTURAL AND NATURAL HERITAGE PROTECTION ACT)

The Constitutional Court rendered that the provisions of article 65/a and b of Law no. 2863 (Cultural and Natural Heritage Protection Act) were unconstitutional and thus should be annulled, and that the decision of annulment would come into force one year from the date of publication of the decision in the Official Gazette (on 13.10.2013). The constitutional provision of "Annulment decisions cannot be applied retroactively" contradicts one of the fundamental principles of law "No one shall be punished for any act which does not constitute a criminal offence under the law in force at the time committed" when it comes to the annulment of a criminal law provision. When an annulment decision concerning a criminal provision in favor of the offender is at stake, there is no doubt that in addition to the 'legal certainty' - which is aimed at with the principle of 'non-retroac-

tivity of annulment decisions' - principle of 'legality of offenses and penalties' is important to achieve the respect for the rule of law and fundamental rights and freedoms.

When criminal law regime is taken as a system of values, it is indisputable that the principle of legality is an indispensable element of this system. Qualifying the principle of legality - the origins of which date back to Magna Carta Libertatum of 1215 - as the corner stone of assurance function of criminal law and ensuring compliance with this principle are among main functions of the rule of law. In this respect, when there is a possibility of implementing criminal law sanctions, application of the 'principle of legality' should be preferred over 'legal certainty' by observing justice and equity, and *the annulment decision in favor of the offender should be applied immediately*.

### Key Words

Cultural and Natural Heritage Protection Act, Legality of Offenses and Penalties, Principle of 'Non-retroactivity of Annulment Decisions'.

## GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası devletin tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile değerlerinin korunmasını sağlayacağını, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağını teminat altına almış (md. 63/1); bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ile bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği ilkesini getirmiştir. Böylece, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile değerlerinin korunması, *devletin sosyal ve ekonomik haklar ve ödevleri* kapsamında görülerek anayasal teminata kavuşturulmuştur. 2863 sayılı *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)*<sup>1</sup> ise, belirtilen anayasal normları somutlaştırarak uygulanabilirlik kazandırmıştır.<sup>2</sup>

Anayasa Mahkemesi 11 Nisan 2012 tarihli kararıyla,<sup>3</sup> 2863 sayılı Kanun'un, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında izinsiz müdahale ve kulanma yasağına ilişkin 9. maddesinin Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir. Yüksek Mahkeme diğer taraftan, KTVKK'nin 65/a ve b maddelerindeki "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek"

ile "sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiillerine ilişkin düzenlemelerin ise, Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı uyarınca *iptal hükmü, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yani 13.10.2013 tarihinde yürürlüğe girecektir*. Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararı ile suç ve ceza koyan bir normun Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiş; ancak oluşabilecek yasama boşluğunun (vacatio legis) sakıncalarını önlemek için iptal kararının yürürlüğe girişini bir yıl süreyle ertelemiştir.

2863 sayılı Kanun'un 65/a-b maddelerine ilişkin *iptal kararının yayınlanma tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecek oluşu*, kanun koyucunun ivedilikle yeni bir düzenleme yapmasını gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde, belirtilen normlarla ceza hukuku himayesi altına alınan kültür ve tabiat varlıkları korunmasız bırakılmış olacak; böyle bir durum ise, insanlığın ortak mirası olan kültür ve tabiat değerlerinin ceza hukuku himayesinden mahrum bırakılması sonucunu doğuracaktır. İşte bu sakıncaların ortaya çıkmasını önlemek adına *iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmiş olması* yerinde bir tercih olarak gözükmektedir. Ancak, belirtilen ceza normunun ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak, ceza muhakemesi süreci devam eden fiiller ile infaz edilmekte olan hükümler bakımından söz edilen iptal kararının yürürlüğe girişinin *ertelenmesinin anayasa hukuku ile ceza hukuku ilkeleri çerçevesinde değerlendirilerek doğuracağı sonuçların irdelenmesi yararlı olacaktır*.

1 \* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı. (Ph. D., Public Prosecutor, Supreme Court) ihsanbasturk@yargitay.gov.tr

**Not: Makale, 14.06.2013 tarihi itibarıyla yürürlükteki düzenlemeler ve içtihatları içermektedir.**

21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kanun için bkz. Resmi Gazete (RG.), 23.7.1983/ 18113.

2 SOYASLAN, Doğan: "Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku'nun İlişkisi" **Jale G. Akipek'e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991, s. 140.

3 11 Nisan 2012 tarih ve 2011/18-2012/53 sayılı iptal kararı için bkz. RG. 13.10.2012/ 28440.

## 1. HUKUK DÜZENİMİZDE KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARININ KORUNMASI

Kültür varlıkları tarihin bir parçasının kalıntısı olup, geçmiş ile aramızdaki bağı sürdüren ve böylece bir topluluğun tarihini canlandırıp araştırmasına büyük ölçüde yardımcı olan bağlıdır.<sup>4</sup> İşte bu bağlamda, Anayasa'da devlete bir görev olarak yüklenmiş olan "kültür ve tabiat varlıklarının korunması"<sup>5</sup> amacıyla özel düzenlemeler yürürlüğe konulmuş; belirtilen amaca ulaşmak üzere hukuk düzeninde "son çare olarak" kabul edilen ceza hukuku araçlarına da başvurulmuştur.

### 1.1. Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunmasının Ülkemizde Tarihi Gelişimi

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi'nin 133. maddesindeki "Hayrat-ı şerife ve tezyinat-ı beldeden olan ebniye ve asar-ı mevzuayı hedm ve tahrib ve yahud bazı mahallerini kırıp rahnedar edenlerin..." yani kutsal ve anıtsal yapılara tecavüz edenlerin cezalandırılacağı hükmü,<sup>6</sup> kültür varlıklarının korunması konusundaki ilk ceza normumuz olarak dikkat çekmektedir. Asar-ı Atika Nizamnamesi de (AAN)<sup>7</sup> eski eser olarak kabul edilen varlıklara yönelik bazı fiilleri ceza hukuku yaptırımına bağlamış; buna paralel olarak 1973 tarihli Eski Eserler Kanunu da (EEK) aynı amaçla ceza hukuku araçlarından faydalanmıştır.<sup>8</sup>

4 MUMCU, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26 Sayı 3-4, s. 50. (MUMCU, 1969).

5 1961 Anayasası kapsam bakımından daha sınırlı bir koruma alanı kabul etmiş olup; bu alan "tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtlar"dan ibarettir. 1961 Anayasası ile getirilen koruma sistemine ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. MUMCU, Ahmet: "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1971, Cilt 28 Sayı 1-4, s. 41-42. (MUMCU, 1971).

6 MUMCU, 1969, s. 68.

7 Ülkemizde, 1 Şubat 1284/13.11.1869 tarihinde ilk "Asar-ı Atika Nizamnamesi" kabul edilmiş; bunun yerine 1874 tarihli, onun yerine ise Osman Hamdi Bey tarafından hazırlatılan 9 Şubat 1299/21.11.1884 tarihli yeni Nizamname ile Türk Eski Eserler Hukukunun bugüne kadar süren ana temeli atılmıştır. 1906 yılında ise uzun süre yürürlükte kalacak "Asar-ı Atika Nizamnamesi" (AAN) kabul edilmiş, ayrıca 1912 yılında ayrı bir "Muhafaza-i Âbidat Nizamnamesi" yürürlüğe konularak bu her iki nizamname 1973 yılına kadar uygulanmış ve akabinde Eski Eserler Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Tarihi gelişim hakkında ayrıca bkz. MUMCU, 1969, s. 65-78. UMAR, Bilge: **Eski Eserler Hukuku**, Ege Üniversitesi Yayını, İzmir 1981, s. 5-6.

8 EEK, 5. maddesinde "eski eserlere zarar verme yasağı" olarak adlandırılabilir bir kural getirmekte; 49. maddesinde ise bu yasağa uymayanların iki yıldan beş yıla kadar hapis ve 5.000 liradan 20.000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılacakları, ay-

23.7.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2863 sayılı KTVKK, geçirdiği birçok değişikliğe rağmen halen yürürlükte. KTVKK, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının<sup>9</sup> neler olduğunu belirlemiş (md. 6);<sup>10</sup> korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile doğal sit alanlarının tespitinin ise Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum-kuruluşların görüşü alınarak yapılacağı ilkesini benimsemiştir (md. 7/1). KTVKK, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunacağı (md. 7/3); tespit ve tescil ile ilgili usuller, esaslar ve kıstasların yönetmelikte belirtileceği (md. 7/4); tescil kararlarının ilanı, tebliği ve tapu kütüğüne işlenmesi ile ilgili hususların yönetmelikle düzenleneceğini de hükme bağlamıştır (md. 7/6).<sup>11</sup>

rica suçu işleyenlerin eski eserlerin korunmasında görevli kişiler olması durumunda verilecek cezanın bir misli arttırılacağı kuralını getirmekte idi. Bkz. UMAR, 1981, s. 82, 89-92.

9 "Kültür ve tabiat varlıkları" terimi yerine "eski eser" teriminin kullanılmasına ilişkin bkz. UMAR, 1981, s. 1 vd.

10 KTVKK Madde 3: "Bu Kanunda geçen tanımlar ve kısaltmalar şunlardır:

a) Tanımlar:

(1) (Değişik:14.7.2004 - 5226/1 md.) "Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

(2) «Tabiat varlıkları»; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir.

(3) «Sit»; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır.

...

(13) (Ek: 8.8.2011-KHK-648/41 md.) "Doğal (tabii) sit"; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli alanlardır.

(14) (Ek: 8.8.2011-KHK-648/41 md.) "Taşınır tabiat varlıkları"; jeolojik devirlere ait olup, ender bulunmaları nedeniyle olağanüstü özelliklere sahip yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan korunması gerekli taşınır tabii değerlerdir."

11 "Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik" (Yönetmelik-Yön.- olarak anılacaktır), 13 Mart 2012 tarih ve 28232 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 10. maddesi ile 10.12.1987 tarihli ve 19660 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan aynı adlı yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

Kültür ve tabiat varlıklarının korunmasında ilk aşama, korunmaya değer bir varlığın mevcudiyetinin belirlenmesi ile bunun yetkili idari organlarca karar altına alınmasıdır. İdare adına kültür ve tabiat varlığının ne olduğunu belirleme yetkisine sahip olanlar tarafından bir irade beyanında bulunulması ve bu beyanın şekil şartlarına uygun olarak kayıt altına alınması, "tescil" olarak karşımıza çıkmakla, böylece kültür ve tabiat varlıklarının korunması süreci başlamış olacağından, "tescil" kavramı koruma çalışmalarının merkezinde yer almaktadır.<sup>12</sup>

KTVKK, taşınmaz bir kültür veya tabiat varlığının korunmaya değer nitelikte olup olmadığı hususunda Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kuruluna<sup>13</sup> (Koruma Bölge Kurulu-KBK) yetki vermiştir (md. 57).<sup>14</sup> Tarihi kayıtlarla ya da bilimsel çalışmalarla taşınmaz bir varlığın, tescil işleminin yapılabilmesi, tarihi ya da doğal bakımdan korunması gerektiğinin belirlenmesinden sonra mümkün olup; bu belirleme KBK'ce değil Kültür ve Turizm Bakanlığı (Bakanlık) tarafından doğrudan ya da bir başkası

12 ÇOLAK, Nusret İlker: "Kültür ve Tabiat Varlığı Olarak Tescil Kararı, Hukuki Niteliği ve Sonuçları" **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Kasım 2011, S. 117, s. 3-5. <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-9.pdf> (erişim tarihi 29.11.2012). (ÇOLAK, 2011 a).

Yazara göre, KTVKK, kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda yapılacak tespit ve tescil uygulamalarında taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları konusunda belirgin bir ayırım yapmamaktadır. Bkz. ÇOLAK, 2011 a, s. 3.

13 08.08.2011 tarihli ve 648 sayılı KHK'nin 41. maddesi ile KTVKK'de yer alan "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" ibareleri "Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu" şeklinde ve "kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurulu" ile "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu" ibareleri "Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu" şeklinde değiştirilmiştir.

14 KTVKK Madde 57/1: "(Değişik: 17.6.1987 - 3386/14 md.)

Koruma bölge kurulları, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde olmak kaydıyla aşağıdaki işleri yapmakla görevli ve yetkilidir.

a) Bakanlıkça tespit edilen veya ettirilen korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tescilini yapmak,

b) Korunması gerekli kültür varlıklarının gruplandırılmasını yapmak,

c) Sit alanlarının tescilinden itibaren üç ay içinde geçiş dönemi yapı şartlarını belirlemek,

d) Koruma amaçlı imar planları ile bunların her türlü değişikliklerini inceleyip karar almak,

e) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma alanlarının tespitini yapmak,

f) Korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarından özelliklerini kaybetmiş olanlarının tescil kaydını kaldırmak,

g) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak."

eliyle Bakanlık kontrolünde yapılacaktır.<sup>15</sup> KTVKK, kültür ve tabiat varlığı olarak belirlenen nitelikleri taşıyan bütün taşınmazların değil; örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan **yeteri kadar eserin korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenmesi ve dolayısıyla tescil edilmesi sistemini benimsemiştir** (md. 7/1-2-3).<sup>16</sup> Bu itibarla, taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil kararı bir taşınmazın korunması gerekli niteliklere sahip olduğu anlamına gelmekle birlikte; tescile gerek bulunmadığı ya da tescil talebinin reddi yönündeki bir karar, bu karara konu taşınmazın nitelsiz olduğu anlamına gelmeyecektir.<sup>17</sup>

## 1.2. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Sistemi: Sınırlı Mülkiyet Rejimi

Taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak tescil kararıyla birlikte, karara konu taşınmazlar, mevcut hukuki durumlarından çıkarılarak, kanun koyucu tarafından daha önce düzenlenmiş bulunan bir başka hukuki statüye dâhil edilirler.<sup>18</sup> Gerçekten, "tescil kararı" ile birlikte bu taşınmazlar daha önce tâbi oldukları "genel imar rejimi" nden ayrılarak KTVKK ile şartları sıkı biçimde ve özel olarak belirlenen "kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimi" kapsamına dâhil olurlar.

Kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimi terimi ile "kültür ve tabiat varlığı" niteliğini haiz bazı eşyaları kapsayan, diğer eşya ve malların uyruk oldukları düzenden ayrı bir normlar sistemi ifade edilmektedir.<sup>19</sup> Korunması gerekli kültür

15 ÇOLAK, 2011 a, s. 5-6.

16 KTVKK Madde 7/1-2-3: "*Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkileyen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.*

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellikleri dikkate alınır. Devletin imkanları gözönünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan **yeteri kadar eser**, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan **tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.**

17 Bu doğrultuda şu ifadeyi vurgulamalıyız: "Taşınmazların bulunduğu bölge, sanat değeri, tarihi özellikleri dikkate alınarak farklı kararlar verilebileceği gibi, Devletin ekonomik imkânları ve koruma gerekleri doğrultusunda, örnek durumda olan ve ait oldukları devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar taşınmazın korunması yönünde karar alınırken, benzer durumda olan taşınmazlar hakkında farklı kararların alınması mümkündür." Bu konuda ayrıca bkz. ÇOLAK, 2011a, s. 9.

18 ÇOLAK, 2011 a, s. 9.

19 Eski eserler hukuku terimi için yapılan paralel tanımlama için

ve tabiat varlıkları üzerinde "sınırlı mülkiyet sistemi"<sup>20</sup> benimsenmekte; buna göre bir taraftan mülkiyet hakkının kullanımına sınırlamalar getirilmekte, diğer yandan ise hak sahibine bazı destek ve kolaylıklar sağlanmaktadır. Bu anlamda, KTVKK'nin 5. maddesi ile korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları "devlet malı" statüsünde<sup>21</sup> kabul edilmektedir. KTVKK ile taşınmaz kültür varlıkları üzerindeki haklara önemli sınırlamalar getirilirken bazı muafiyet ve destekler de sağlanmaktadır (md. 12). Bu bağlamda, kültür ve tabiat varlıklarını koruma rejimine dâhil olduğu tespit ve tescil edilen taşınmazlar üzerinde ve sit alanları ile koruma alanlarında Koruma Yüksek Kurulunun (KYK) ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, inşâ ve fizikî müdahalede bulunulamayacak; bunlar yeniden kullanıma açılmayacak veya kullanımları değiştirilemeyecektir (KTVKK md. 9).

### 1.3. Koruma Kararları ve Niteliği

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının açıklanan sınırlı mülkiyet rejimine dâhil olmaları ve devlet malı statüsünde kabul edilmeleri için taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunması gereklidir (KTVKK md. 7/1-3).

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmeliğin (Yön.) 8. maddesine göre, tescil kararının ilgili kuruluşlara dağıtımı, kararı alan koruma bölge kurulu müdürlüğüne yapılır. Tescil edilen korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, belirlenen korunma alanları ve sitler il merkez ilçesi sınırları içerisinde ise valilikçe, ilçe sınırları içinde ise kaymakamlıkça, tescil kararının valiliğe veya kaymakamlığa tebliğ tarihinden itibaren en geç üç gün içinde ilan tahtalarına asmak, belediye hoparlörüyle duyurmak, köy muhtarlığına bildirmek ve internet sitesinde yayımlamak suretiyle ilân edilir (Yön. md. 8/1). Bu işlemler tamamlandıktan

sonra, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, belirlenen korunma alanları ve sitler, tapu kütüğünün beyanlar hanesine, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, korunma alanı veya cinsi, derecesi ve bir bölümünün ya da tamamının sit içinde kaldığı da belirtilerek sit olduğuna dair kayıt konulur (Yön. md. 8/4). Belirtilen bu işlemlerin tamamlanarak ilan ve/veya tapu kütüğüne kayıt<sup>22</sup> işlemlerinin tamamlanması durumunda, taşınmazın "korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı" niteliğinde olduğunun *herkes tarafından bilindiği* kabul edilir. Bu bağlamda, koruma kurulu kararlarının yaratıcı değil, açıklayıcı olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.<sup>23</sup>

### 1.4. Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarına Sağlanan Cezai Koruma

KTVKK'nin 9. maddesine göre, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları üzerinde ve koruma alanları ile sit alanlarında esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler *inşâ ve fizikî müdahale* sayılacaktır. Kısacası, tescil edilmiş taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yapılacak fizikî müdahaleler ile kullanım tarzı ve türüne ilişkin değişikliklerin, ilke kararları doğrultusunda koruma bölge kurulları tarafından alınacak kararla gerçekleştirilebileceği hükme bağlanmıştır.<sup>24</sup> Yine, koruma alanları ile sit alanlarında bulunan taşınmazlar üzerinde yapılacak inşâ ve fiili müdahaleler de koruma bölge kurulu kararlarına uygun olmak durumundadır. KTVKK'nin 9. maddesinde belirtilen yasaklara aykırı davranışları mutlak surette önlemeyi amaçlayan kanun koyucu bu bağlamda ceza hukuku yaptırımlarına başvurmuş ve Kanun'un 65. maddesinde bazı fiilleri suç olarak tanımlamıştır.<sup>25</sup>

KTVKK'nin 9. maddesinde, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında *izinsiz müdahale* ve

bkz. MUMCU, 1969, s. 47.

20 Sınırlı mülkiyet sistemi konusunda ayrıca bkz. MUMCU, 1969, s. 51-52.

21 Benzer düzenleme (mülga) 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nun (EEK) 3. maddesinde de yer almakta olup, Umar'a göre, bu düzenleme teknik anlamda bir mülkiyet hakkına dayanmayıp; devletin eski eserler üzerindeki koruma yetkisi eski eserleri koruma görevinin yerine getirilmesinin aracı niteliğindedirler. Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. UMAR, 1981, s. 65-72.

22 Yönetmelik md. 8/6: "3402 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar ile bunlardan çıkan kaynaklar gibi tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular ile yol, meydan, köprü, yeşil alan ve park gibi tescil ve sınırlandırması yapılmayarak tapu siciline kayıt edilmeyen alanlar için yukarıda belirtilen kayıt konulmaz."

23 UMAR, 1981, s. 96.

24 ÇOLAK, 2011a, s. 10.

25 Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verme fiilleri karşılığında uygulanan cezai yaptırımların yetersiz ve caydırıcı olmayan uzak olduğu görüşü için bkz. ÇOLAK, 2011 a, s. 16.

*kullanma yasağı* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu norma göre, Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaat ve fizikî müdahalede bulunulamaz; bunlar yeniden kullanıma açılmaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaat ve fizikî müdahale sayılır.

KTVKK'nin "cezarlar" kenar başlıklı 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında, iki ayrı fiil suç olarak tanımlanmıştır. Anılan maddenin (a) fıkrasında "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek" fiili suç olarak tanımlanmış; aynı fıkranın ikinci paragrafında ise bu fiillerin, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmesi halinde verilecek cezaların bir kat artırılacağı düzenlenmiştir. KTVKK'nin 65/b maddesinde ise, sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiilini suç olarak tanımlanarak bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılacakları öngörülmüştür.

#### 1.4.1. Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Zarara Uğramasına Sebebiyet Vermek Suçu (2863 Sayılı KTVKK md. 65/a)

"Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek" olarak adlandırılabilen fiil, KTVKK'nin 65/a maddesi ile suç olarak tanımlanmıştır. Bu norma göre, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

**Suçun hukuki konusu**, insanlığın ortak mirası niteliğinde olan taşınmaz kültür ve tabiat değerlerinin zarar görmesinin önlenmesidir.

**Suçun faili**, gerçek kişiler olabilecektir. Bu anlamda, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığının maliki bu suçu işleyebileceği gibi, taşınmaza zilyet olan ve belirtilen sıfatlardan hiçbirini taşımayan gerçek kişiler de bu suçun faili

olabilecektir. Tüzel kişiler yararına da korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek suçu işlenebilmesi mümkündür.<sup>26</sup>

**Suçun mağduru**, kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve yaşatılmasında yararı bulunan toplumdur. 2863 sayılı Kanun'un belirtilen hükümlerle hukuksal yararın kişilere ve dolayısıyla topluma ait olduğu bir fiilin suç olarak tanımlandığı kuşkusuzdur.

**Suçun maddi unsuru**, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya *her ne suretle olursa zarara uğramasına sebebiyet vermektir*. Anılan maddede sayılan "yıkılmaya, bozulmaya, tahribe, yok olmaya sebebiyet vermek fiilleri" yanında kültür ve tabiat varlığının zarara uğramasını sonuçlayan başka bir neticeye sebep olabilecek ter türlü icrai veya ihmali hareket de bu suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir. Bu itibarla, anılan suç serbest hareketli işlenebilen bir suçtur. Belirtilen suç, "zarar suçu" olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle, zararın ortaya çıkmayıp sadece zarar tehlikesini doğuran davranışlar "teşebbüs hali hariç" anılan suçun maddi unsurunu oluşturmayacaktır.<sup>27</sup>

**Hukuka aykırılık unsurunu** ortadan kaldıracak bir sebep, bu suç için öngörülmemiştir. Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları üzerinde "sınırlı mülkiyet rejimi" benimsenmekle hukuka uygunluk sebebi olarak "hakkın kullanılması" (TCK md. 26) durumundan söz edilemeyecektir.

**Suçun manevi unsuru**, kasttir. KTVKK'nin 65/a maddesi açıkça "...kastten sebebiyet verenler.." diyerek suçun oluşumu için kastin varlığını aramıştır. Bu anlamda, genel kastin varlığı yeterli olup, özel kast aranmayacaktır.<sup>28</sup> İdare tarafından bakım ve onarıma ilişkin verilen talimatların ısrarla yerine getirilmemesi veya bu tedbirlere

26 Tüzel kişiler yönünden aksi görüş için bkz. KANADOĞLU, Sahib: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Açıklamalar Yargıtay-Danıştay Kararları Mevzuat**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 270.

27 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 270. Çolak, Nusret İlker: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul Mart 2011, s. 765. (ÇOLAK, 2011 b ). Aksi yönde bkz. UMAR, Bilge/ ÇİLİNGİROĞLU, Altan: **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 11, Ankara 1990, s. 338-339.

28 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 271.

aykırı hareket eden (örneğin binanın çatısını açmak suretiyle yakılmasını sağlayan) kişinin kasten bu sonucun ortaya çıkmasına yönelik hareket ettiğinin kabulüyle belirtilen fiilinden sorumlu tutulmaması düşünülemez.<sup>29</sup>

Bilindiği üzere, kast unsuru, bilme ve istemeden oluşur. Bilme, fiilin anlam ve sonuçlarını bilmedir. Bu itibarla, sanığın fiiline konu oluşturan taşınmazın “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı” niteliğinde olduğunu bilip bilmediği hususu, suçun manevi unsurunun oluşup oluşmadığının belirlenmesi anlamında önemlidir. Buradan hareketle, suçun maddi konusunu oluşturan taşınmazın “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı” niteliğinde olduğunun fail tarafından bilindiği veya bilindiğinin kanunen kabul edildiği haller gerçekleşmelidir.<sup>30</sup> Koruma altındaki bir bölgede örneğin İstanbul’da tarihi yarımada yaşayan veya işyeri bulunan bir kişinin, o bölgenin belirtilen niteliğini bildiği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, taşınmaz kültür ve tabiat varlığına zarar verilmesi fiilini işleyen failin cezalandırılabilmesi için mutlaka o taşınmazın bu niteliğinin belirlenmiş, tescil ve ilan edilmiş olması gerekli değildir.<sup>31</sup> Bu itibarla, tespit, tescil, ilan ve tapu kütüğüne kayıtlı olmamış bulursa dahi korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliği bilerek anılan fiilin işlenmesi durumunda, bu fiil suç oluşturacaktır.<sup>32</sup>

**Suçun nitelikli hali olarak** KTVKK’nin 65/a-2. maddesinde “korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak amacıyla fiilin işlenmesi” durumuna yer vermiş olup, bu halde hükümlenilecek ceza bir kat arttırılacaktır.

29 ÇOLAK, 2011 b, s. 773-774. Yazar’a göre, idare tarafından bakım ve onarım ile ilişkili verilen talimatların ısrarla yerine getirilmemesi sebebiyle tahribe sebep olma durumunda emirleri yerine getirmeyenlerin taşınmaz kültür ve tabiat varlığına zarar verme suçunu işlediklerinin kabulü gerekir. Taşınmaz kültür ve tabiat varlığının devlet malı niteliğinde sayılması ve idarenin vereceği bakım ve onarım hususundaki talimatlara uymanın kanuni gereklilik olduğu gözetildiğinde zarar verme unsurunun kapsamı idarece verilecek emirleri kasten yerine getirmemeyi de içerecek şekilde belirlenmelidir. Bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 766-767.

30 Bir düşünceye göre, kişinin eski eserleri bozmaktan dolayı cezalandırılabilmesi için, eski eserleri bozmanın suç olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinden başka, bozduğunun eski eser olduğunu anlayabilecek bilinç ve öğrenim düzeyinde de olması gerekir. Bkz. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 336.

31 UMAR, 1981, s. 96. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 336-337.

32 UMAR, 1981, s. 91, 96. Aynı yönde bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 271-272.

**Suçun özel görünüş biçimleri** incelendiğinde, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının yıkılması, bozulması, tahribi, yok olması veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramaları fiilinin bölünmesi mümkün olduğundan, anılan suça **teşebbüs** mümkün gözükmemektedir.<sup>33</sup>

Korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramalarına sebebiyet vermek fiilinin bir suç işleme kararına dayalı olarak birden çok defa gerçekleştirilmesi durumunda dahi **zincirleme suç** hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Gerçekten, anılan suçla himaye sağlanan hukuki değer taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması olduğu gözetildiğinde bu değeri ihlal eden her davranış “...her ne suretle olursa zarara uğramasına sebebiyet vermek” biçiminde düzenleme yapılarak aynı yaptırıma bağlanmıştır.<sup>34</sup> Bu itibarla, örneğin, aynı taşınmazın yıkımının zamana yayılarak kısımlar halinde yapılması durumunda teselsülün varlığından söz edilemeyecektir.

Koruma kurulu kararlarına aykırı veya izinsiz inşaat yapımı sırasında taşınmazın yıkılması, tahribi, zarar uğraması gibi hallere sebebiyet verilmesi durumunda **fikri içtima** kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı hususu irdelenmelidir. Kanaatimizce, bir tek fiille *KTVKK’nin 65. maddesinin ayrı fıkralarının ihlal edildiği hallerde*; ilke olarak fikri içtima kuralı gereği bu fiiller için öngörülen cezalardan en ağırı ile failin cezalandırılması gereklidir.<sup>35</sup> Örneğin, failin sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmazın önce kasten yıkılmasına sebebiyet verip sonrasında ise aynı yerde izinsiz olarak inşaat faaliyette bulunması kural olarak, aynı kasıt altında işlenen bir fiil olup fikri içtima kuralı uygulanmalıdır. Yine, aynı kasıt altındaki fiil ile hem koruma altındaki taşınmazın yıkılması, tahribi, zarar uğraması gibi hallere sebebiyet verilmesi suçunun hem de imar kirliliğine neden olma (TCK md. 184) suçunun birlikte gerçekleştiği durumlarda ise fikri içtima kuralı gereği bu fiiller için öngörülen cezalardan en ağırı ile (yani 2863/ md. 65/a) failin cezalandırılması gereklidir. Ancak, failin *ayrı suç işleme kastı ile hareket ettiğinin belirlenmesi ya da hukuki veya fiili kesintinin*

33 Aksi görüş için bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 272.

34 Krş. KANADOĞLU, 2003, s. 272.

35 Bu konuda bkz. UMAR/ ÇİLİNGİROĞLU, 1990, s. 339. Aksi yönde bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 273.

*bulunduğu durumlarda* ise fiillerinin ayrı suçları oluşturacağı kuşkusuzdur.

**Suçta iştirak** bakımından ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel kurallar bu suç için de geçerlidir.

#### 1.4.2. Sit Alanlarında ve Koruma Alanlarında Şartlara Aykırı İzinsiz İnşaat ve Fizikî Müdahalede Bulunma Suçu (2863 sayılı KTVKK md. 65/b)

“Sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahalede bulunma” olarak adlandırılabiliriz<sup>36</sup> fiil, KTVKK'nin 65/b maddesi ile suç olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemeye göre, sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

**Suçun hukuki konusu**, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapılması suretiyle koruma altındaki kültür ve tabiat varlıklarına zarar verilmesini önlemektir.

**Suçun faili, mağduru, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru** yönünden KTVKK'nin 65/a maddesinde düzenlenen “korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek” suçuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamaların bu suç için de aynen geçerli olduğunu hatırlatmalıyız.<sup>37</sup>

**Hukuka aykırılık unsurunu** ortadan kaldıracak bir sebep, bu suç için öngörülmemiştir. Ancak, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapılması fiilinde bazı durumlarda hukuka uygunluk sebebi olarak “hakkın kullanılması” hali gündeme gelebilecektir. Gerçekten, sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahalede bulunma fiilinin suç oluşturabilmesi için *iki şartın birlikte gerçekleşmesi* gereklidir.

Bu itibarla, yapılan fizikî ve inşaat müdahalelerin, geçiş dönemi koruma esasları ile kullanma şartlarına uygun olması durumunda ve koruma amaçlı imar planlarında öngörülen hükümlere göre yapılması halinde, *müdahaleler izinsiz olsa dahi* suç oluşturmayacaktır.<sup>38</sup> Bir başka anlatımla, fiilin hukuka aykırı olarak nitelendirilebilmesi için; *yapılan fizikî veya inşaat müdahale hem taşınmazın korunma ve kullanım kurallarına aykırı olmalı hem de izin alınmaksızın gerçekleştirilmiş bulunmalıdır*. Dolayısıyla, *salt izinsiz fizikî ve inşaat müdahale yapmak ya da kurallara aykırı müdahalede bulunmuş olmak*, fiili tek başına hukuku aykırı hale getirmeyecektir. Bu itibarla, koruma kurulundan izin alınmaması sebebiyle durdurulan *inşaata daha sonra kurulca onay verilmesi durumunda* hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden fiil suç oluşturmayacaktır.<sup>39</sup>

**Suçun maddi unsuru**, sit alanlarında ve koruma alanlarındaki taşınmazlara izinsiz olarak fizikî ve inşaat müdahalede bulunmaktır.<sup>40</sup>

KTVKK'nin 65. maddesinin (b) fıkrasında<sup>41</sup> *iki ayrı suç tipine* yer verilmiştir. İlk olarak, **sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak** fiili suç olarak tanımlanmıştır. İkinci olarak ise, **koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak** fiili cezalandırılmaktadır.

Öncelikle, sit alanlarında ve koruma alanlarında inşaat ve fizikî müdahale yapılmasının *hem şartlara aykırı hem de izinsiz olmasının* 2863 sayılı Kanun'un 65/b. maddesindeki suçun maddi unsurunun oluşması için gerekli olduğunu vurgulayalım. Bu itibarla, yapılan *inşaat ve fizikî müdahale izinsiz olsa bile şartlara uygunsa* suç oluşturmayacaktır.

38 ÇOLAK, 2011 b, s. 774.

39 Belirtilen düşünce ve buna dayanak oluşturan 13.03.1995 tarih ve 1996/9-41-64 sayılı CGK kararı için ayrıca bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 319.

40 Aynı yönde bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 772. KANADOĞLU, 2003, s. 318.

41 KTVKK Madde 65/b: “Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

36 Belirtilen fiil “izinsiz fizikî ve inşaat müdahalelerde bulunma suçu” olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. ÇOLAK, 2011 b, s. 768.

37 Bkz. 1.4.1.'de yer alan açıklamalarımız.



Fizikî ve inşaf müdahalenin ne olduğu, Kanun'un 9. maddesine göre belirlenmelidir. Buna göre, esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkmak, yakmak, kazı veya benzeri işler inşaf ve fizikî müdahale sayılır (KTVKK md. 9/ son cümle). Görüldüğü üzere, kanun koyucu örnekleme metoduyla inşaf ve fizikî müdahale sayılabilecek işleri göstermiş; "...ve benzeri işler" ibaresiyle de belirttiği örneklerin sınırlı olmadığını ortaya koymuştur.<sup>42</sup> Bu itibarla, sit alanlarında veya koruma alanlarındaki taşınmazlara yapılacak her türlü fizikî ve inşaf müdahale, taşınmazın onarımı ve onun hayatiyetini devam ettirmek amaçlı olsa dahi, *izinsiz olarak yapılması durumunda*, belirtilen suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Örneğin, korunması gerekli taşınmaz yok olmuş olsa bile, hazırlanacak rekonstrüksiyon projesine onay alınmadan inşaat yapılamayacaktır.<sup>43</sup> Gerçekten, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının aslına uygun olarak korunabilmesi ve yapılacak her türlü müdahalelerin biçimi ile niteliğinin koruma bölge kurullarınca denetlenerek uygunluğunun belirlenmesi gereklidir. Diğer taraftan, sit alanları ile koruma alanlarında hangi tür ve şekilde inşaf faaliyet yapılabilmesinin de yine koruma kurullarınca verilecek izin prosedürüne bağlanması belirtilen alanların korunması bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu itibarla, sit alanları ile koruma alanlarında "fizikî ve inşaf faaliyet" niteliğindeki her türlü çalışma, koruma kurulundan izin alınmaksızın yapıldığı takdirde, anılan suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir.

Sit alanlarında veya koruma alanlarında ağaç dikmek gibi zemine müdahale niteliği taşıyan fiillerin de fizikî müdahale olarak kabul edileceği kuşkusuzdur. Diğer taraftan, "müdahale" sadece zemine müdahale edilmesiyle sınırlı bulunmayıp; sit alanlarında ve koruma alanlarında bulunan korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tanımlanmamış yapılarla ilgili müdahaleleri de kapsayacaktır.<sup>44</sup>

**Suçun nitelikli hali** olarak KTVKK'nin 65/b maddesinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

42 Koruma kurulundan izin alınmadan, korunması gerekli taşınmazın yeniden kullanıma açılması veya kullanımlarının değiştirilmesi durumları da 65/a maddesindeki maddi unsurun gerçekleşmesi halinde 65/b maddesindeki suçu oluşturur. Bkz. KANADOĞLU, 2003, s. 319.

43 KANADOĞLU, 2003, s. 319.

44 ÇOLAK, 2011 b, s. 773.

**Suçun özel görünüş biçimleri** incelendiğinde, sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz olarak fizikî ve inşaf müdahalede bulunmak fiilinin bölünmesi mümkün olduğundan, anılan suça **teşebbüs** mümkün gözükmektedir.

KTVKK'nin 65/b maddesindeki şartlara aykırı izinsiz inşaf ve fizikî müdahale fiilleri, özellikleri gereği bir anda gerçekleştirilebilecek türden bulunmayıp; aksine devamlı nitelik taşımakta olup, bu itibarla hafriyat, temel atma, duvarların yapılması ve çatının örülmesi gibi inşaf ve fizikî faaliyetin süregelen evreleri **müteselsil suç** oluşturmayacaktır.<sup>45</sup>

Sit alanlarında ve koruma alanlarında şartlara aykırı izinsiz olarak inşaf ve fizikî müdahalede bulunulması durumunda -şartları olduğu takdirde- **fikri içtima** kurallarının uygulanması mümkün gözükmektedir.<sup>46</sup> Bu bağlamda, aynı fiil ile hem 2863 sayılı Kanun'un 65/b maddesindeki suçun hem de bir başka suçun (örneğin, TCK md. 184'de tanımlanan imar kirliliğine neden olma suçu) olduğu durumlarda fikri içtima kuralı gereği, failin sadece bir tek fiilden cezalandırılması gereklidir.<sup>47</sup> Ancak, failin ayrı suç işleme kastı ile hareket ettiğinin belirlenmesi ya da hukuki veya fiili kesintinin bulunduğu durumlarda, fiillerin ayrı suç oluşturacağı kuşkusuzdur.

**Suçta iştirak** bakımından ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel kurallar bu suç için de geçerlidir. İzinsiz müdahaleyi yaptıran kişilerle birlikte müdahaleyi bizzat yapanlar da suç faili kabul edilecektir. 2863 sayılı Kanun'un 65/b maddesindeki "yaptıranlar" ifadesi, fiilin gerçekleştirilmesinde birlikte hareket eden iş sahiplemini ya da müdahaleden yarar sağlayanları ifade etmekte olup; kamu görevlilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>48</sup>

45 KANADOĞLU, 2003, s. 319-320.

46 KTVKK 65/a maddesine ilişkin açıklamamız için bkz. 1.4.1.

47 "...TCK'nın 44 maddesinde düzenlenen fikri içtima kaidesinin objektif koşullarının "tek bir fiilin bulunması" ve "birden fazla kanun hükmünün ihlali"nden ibaret olduğu, sanığın işlediği fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verdiği anlaşılmalı, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesindeki fikri içtima hükmünün uygulanarak, eylemine temas eden en ağır hüküm olan 2863 sayılı Kanunun 65/b maddesi gereğince cezalandırılması gerekir, eylemin bölünerek, İmar Kirliliğine Aykırılık suçundan düşme kararı verilmesi kanuna aykırı olduğundan..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 13.03.2013 tarih ve 2012/13095 E. - 2013/6106 K. sayılı kararı (UYAP, Erişim tarihi: 11.05.2013).

48 ÇOLAK, 2011 b, s. 772.

## 2. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İNCELENEN SUÇ TİPLERİNE İLİŞKİN İPTAL KARARI<sup>49</sup>

### VI- ESASIN İNCELENMESİ

#### A- 2863 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan sınırlamaların mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu, yasa koyucunun bunun farkında olması nedeniyle Kanun'un 15. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının kamulaştırılmasını öngördüğü ancak uygulamada tespit yapıldıktan sonra uzun yıllar geçmiş olmasına rağmen kamulaştırmaların yapılmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınacak kararlara aykırı olarak koruma altına alınan kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşaat ve fizikî müdahalede bulunulamayacağı, bunların yeniden kullanıma açılmayacağı ve kullanımlarının değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca kural inşaat ve fizikî müdahaleyi tanımlamıştır. Buna göre esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaat ve fizikî müdahale olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla koruma alanlarında yapılacak onarım, inşaat, tesisat, sondaj, yıkım, yakma ve kazı gibi işlemlerin Koruma Yüksek Kurulunca belirlenen ilke kararlarına ve bu kararlara uygun olarak alınmış olan bölge koruma kurulu kararlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmaması halinde Kanun'un 65. maddesine göre cezai yaptırım uygulanması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe

yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu kural taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkilerini önemli ölçüde kısıtladığından özel mülkiyet altındaki koruma altına alınmış varlıklar açısından önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu sınırlamanın Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere uygun olması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde her hakkın yalnızca ilgili maddedeki sebeplerle sınırlandırılması öngörülmüştür. Diğer taraftan sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzenine aykırı olmama ilkesinin yanında, öze dokunmama, ölçülülük ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olmama koşulları da getirilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. Ayrıca mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da mülkiyet hakkının kapsamı diğer bazı maddelerde yer alan hükümlerle çerçevelenmiştir. Bu bağlamda kıyılarına ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddelerde Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı güvencesinin çerçevesini belirleyen kurallar yer almaktadır.

Anayasa'nın "tarih kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63. maddesinde devletin, tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevine yer verilmiş ve özel mülkiyet konusu olan varlık ve değerlere getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2863 sayılı Kanun'un çıkarılma nedeni devletin bu ödevleri yerine getirmesini sağlamaktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'da öngörülen meşru bir amaç güttüğü anlaşılmaktadır.

49 Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanan metninin sadece zorunlu gördüğümüz bölümlerine orijinaline sadık olarak -ancak bazı kısımlarını vurgulamak suretiyle- yer verdiğimizizi belirtmeliyiz.

Ancak Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamu yararı ile malikin bireysel yararı arasında makul bir denge gözetmesi gerekir. **2863 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların ölçülü olup olmadığını değerlendirebilmek için** Kanun'un diğer maddelerinde getirilen düzenlemeler de göz önüne alınmalıdır. Kanun'un 9. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşaat ve fizikî müdahalelerin ancak Koruma Yüksek Kurulu ilke kararları ve bölge koruma kurullarınca belirlenen kurallar çerçevesinde yapılmasına izin verilerek malikin mülkünü kullanmasına bazı sınırlamalar getirmiştir. Ölçülülük ilkesinin geçerli olabilmesi için sınırlamalar kamu yararını amaçlamakla birlikte, kamu yararının sağlanmasının bütün külfeti malik üzerinde bırakılmamalıdır. Kanun'un çeşitli maddelerinde özel mülkiyet altındaki korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili olarak sağlanacak yardım ve kolaylıklar düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Kanun'un 12. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının onarımına Kültür ve Turizm Bakanlığınca aynı, nakdi ve teknik yardım sağlanması öngörülmüştür. Aynı şekilde Kanun'un 15. maddesinde bu taşınmazların Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak bir program çerçevesinde kamulaştırılması kural altına alınmıştır. Diğer taraftan Kanun'un 21. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının ve bunlarda yapılacak bakım ve onarımların belli koşullarda her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özel mülkiyetteki tabiat ve kültür varlıklarının kullanımına belli sınırlamalar getirilmekle birlikte, taşınmaz sahiplerinin bazı kolaylıklardan ve yardımlardan yararlandırılması ve belli bir program dâhilinde taşınmazının kamulaştırılmasını isteme hakkı tanındığı görülmektedir. **Bu**

**yönüyle değerlendirildiğinde Kanun'un birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.** Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

#### **B- 2863 Sayılı Kanun'un 65. Maddesinin (a) ve (b) Bentlerinin İncelenmesi**

Başvuru kararlarında, 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunduğu, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kurulların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin, (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanların cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar cezaî yaptırıma tabi tutulmuştur.

Anayasa'nın 35. maddesinde **mülkiyet hakkı** güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma

olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu 65. maddenin (a) ve (b) bentlerinde yer alan kurallar yukarıda incelenen 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sınırlamalara uymayanlara uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Bu nedenle Kanun'un 9. maddesine ilişkin gerekçede belirtilen nedenler Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri açısından 65. maddenin (a) ve (b) bentleri yönünden de geçerlidir. **Bu kurallarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir.**

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi "belirlilik" tir. Bu ilkeye göre, **yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. 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.**

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezaların kanuniliği" ilkesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "**suçta ve cezada kanunilik**" ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak

biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. **Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır.** Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İtiraz konusu Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde **korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir.** Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapan ya da yaptırımların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada **suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme**

**yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir.** Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak **Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır. Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.**

#### VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa

Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının **iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden**, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

#### VIII- SONUÇ

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun;

**1- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,**

**2- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

**3- 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 11.4.2012 gününde karar verildi.**

### 3. İPTAL KARARININ DAYANDIĞI GEREKÇELER VE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### 3.1. Başvuru Gerekçesi

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkraları Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde; *mülkiyet hakkının özüne dokunduğu*, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan *idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği* belirtilerek, anılan kuralların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

#### 3.2. Mülkiyet Hakkının Sınırlanması Yönünden İnceleme

Anayasa Mahkemesi ilk olarak, 2863 sayılı Kanun'un 9 ve 65/a-b maddeleriyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 13. (temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması) ve 35. (mülkiyet hakkının korunması) maddelerine uygunluğu yönünden inceleme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

*"Anayasa'nın "tarih kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63. maddesinde devletin, tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevine yer verilmiş ve özel mülkiyet konusu olan varlık ve değerlere getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2863 sayılı Kanun'un çıkarılma nedeni devletin bu ödevleri yerine getirmesini sağlamaktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'da öngörülen meşru bir amaç güttüğü anlaşılmaktadır."*

*"...Bu kurallarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir."*

Anayasa'nın 13. maddesindeki "sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması" ilkeleri açısından ise Mahkeme:

*"Kanun'un ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özel mülkiyetteki tabiat ve kültür varlıklarının kullanımına belli sınırlamalar getirilmekle birlikte, taşınmaz sahiplerinin bazı kolaylıklardan ve yardımlardan yararlandırılması ve belli bir*

*program dâhilinde taşınmazının kamulaştırılmasını isteme hakkı tanındığı görülmektedir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde Kanun'un birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez"*

düşüncesini yerinde olarak dile getirmiştir.

**Anayasa Mahkemesi böylelikle,** 2863 sayılı Kanun'un 9. ve 65/a-b maddeleriyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların ve bu anlamda korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının zarara uğramasına sebebiyet vermek ile sit alanlarında izinsiz müdahale yapma fiillerinin suç olarak tanımlanarak yaptırıma bağlanmasının Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

İnsanlığın ortak mirası olan kültür ve tabiat varlıklarının korunarak gelecek nesillere aktarılmasında kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur. Bu korumayı gerçekleştirmek isteyen kanun koyucu bazı idari tedbirler getirmiş (izin, onay prosedürü gibi); son çare olarak da (ultima ratio) ceza hukuku araçlarına başvurmuştur. Bu anlamda, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına yönelik bazı fiiller ile sit alanları ve koruma alanlarında izinsiz yapılacak fizikî ve inşâî müdahalelerin suç olarak tanımlanması kaçınılmaz görülmüştür. İşte, bu durumlarda mülkiyet hakkının sınırlanmasında kamu yararı görülmekle birlikte, bu amaçla yapılan sınırlamalar meşru bir amaç gütmekle; demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup mülkiyet hakkının özüne dokunmamaktadır.

#### 3.3. Belirlilik İlkesine Uygunluk Yönünden İnceleme

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı KTVKK'nin 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarını "hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi" olarak vurguladığı "belirlilik ilkesi" yönünden de değerlendirmeye tabi tutmuştur.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

*"... Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta*

ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.”

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar vermek; aynı maddenin (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak fiilleri suç olarak tanımlanarak bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılması öngörülmektedir. İşte bu noktada, anılan fiillerin **maddi konusunu oluşturan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının nasıl belirleneceği ile sit alanlarının ve koruma alanlarının kim tarafından ve hangi usule göre tespit edileceği** konusu önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda yerinde olarak şu hususlara dikkat çekmiştir:

“Kanun’un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde **korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir.** Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.”

Söz edilen mevzuat çerçevesinde, 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarında suç olarak tanımlanan fiillerin maddi konusunu nelerin oluşturduğu yani nelerin “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı” ile “doğal sit alanı ya da koruma alanı” olduğunun belirlenmesinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılacağı açıktır (2863/ md. 7).

Suçların kanunda açık ve seçik olarak belirtilmesi ve bunun kişilere sağladığı güvence olarak ifade edilebilecek olan “kanunilik ilkesi”<sup>2</sup> gereği “suç yaratma” mutlaka bir “kanunla” ve “ancak yasama organı tarafından” yapılabilecektir.<sup>3</sup>

Diğer taraftan, TCK'nin 2/2. maddesinde yer verilen “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” ilkesi, idari işlemlerle suç ve ceza konulamayacağını açıkça ifade eden ve kanunilik ilkesini güvenceye alan bir hükümdür.<sup>4</sup> Bugünün kanun koyucusunun ise, devlet idaresi, kamu düzeni, genel sağlık ve ekonomiye ilişkin hafif suçların yaptırımını idareye bıraktığı ileri sürülmektedir.<sup>5</sup> Diğer taraftan, ceza kanunu bir fiili suç olarak tanımladıktan sonra bu alanda yürütme organının tüzükle, yönetmelikle düzenlemeler yapabileceği savunulmakla birlikte,<sup>6</sup> iptal davasına konu oluşturan “korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanları ile koruma alanlarının tespiti” hususları idarenin genel düzenleyici işlemleri ile gerçekleştirilmeyip “karar” niteliğindeki idari işlemlerle gerçekleştirilmektedir.<sup>7</sup> Belirtilen idari işlemlerin ise ilgililerine bildirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu itibarla, KTVKK'nin benimsediği metoda dayanarak korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanları ile koruma alanlarının tespiti ve sonucunda da bu kararlara aykırı fiillerin suç olarak kabul edilmesi durumunda, ceza hukukunun *belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine* anılan suç tipleri bakımından uyulmadığı gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, *koruma bölge kurullarınca yapılacak tespitlere ilişkin kararların ulaşılabilir ve öngörülebilir olup olmadığı* hususunda, yerinde olarak şu değerlendirmelerde bulunmuş ve “Anayasaya aykırılık” sonucuna ulaşmıştır:

“...Öte yandan, *koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşâ ve fizikî müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaz yapıları hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına*

**verilmiştir.** Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükmüne bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak **Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır."**

"Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konularında belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır."

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

"Açık (beyaz) ceza normu" ile ihlaline ceza hukuki neticesi bağlanan hükmün bir kanunla, idarenin düzenleyici işlemi veya idari bir emirle ortaya çıkması ceza hukukunda kabul edilmektedir.<sup>8</sup> Ancak, ihlaline ceza yaptırımını bağlanan bu hükmün bilinebilmesi ve öngörülebilmesi gerekliliği kuşkusuzdur. KTVKK'nin 65/a-b maddelerinde bir açık ceza normuna yer verilerek yaptırımını belirtmiş; ancak bu yaptırıma bağlanan hükmün tespiti idarenin düzenleyici işlemine bırakılmıştır. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi açık ceza normu söz konusu olduğunda "yaptırıma bağlanan hükmün (davranışın) bilinmemesi mazeret sayılmaz" biçiminde anlaşılabilir. Ancak, cezalandırılabilir bir fiilden söz edebilmek için norma aykırılık oluşturan davranışın yani "yükümlülüğün bilinmesi" şarttır. KTVKK'nin 65/a-b maddesi örneğindeki açık ceza normunda idarenin düzenleyici işlemine bağlanan hükmün bilinebilmesi ise, ancak bu idari işlemin ilgiliye tebliği veya ilanı ile mümkün olabilecektir.<sup>9</sup> Gerçekten, vatandaşın bilme yükümlülüğü karşısında devletin de pek tabii ki bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Açık ceza normu söz konusu olduğunda idarenin

işlemine bağlanıp açıklanmayan ve bildirilmeyen bir yükümlülüğün bilinme yükümlülüğünden söz edilememesi ise belirlilik ilkesinin bir sonucudur.

Koruma bölge kurulu kararlarının, açıklama ve bildirme yükümlülüğünün gerçekleşmesi yönünden irdelenmesi gereklidir. KTVKK, kültür ve tabiat varlığı olarak belirlenen nitelikleri taşıyan bütün taşınmazların tescil edilmesi gerektiği yönünde bir yaklaşım yerine, gerekli olanların tescil edilmesini hükmüne bağlamıştır.<sup>10</sup> Halbuki, yürütme organının çerçeve kanuna dayanarak suç yaratabilmesinin kabul edilebilmesi için, yasak fiillerin neler olduğunu tespit edip önceden kişilere duyurması, bunları yayınlaması şarttır.<sup>11</sup> Bu itibarla, koruma bölge kurulu kararlarının ilan ve tebliğine yer verilmediğinden belirtilen nitelikteki her taşınmaz malikinin kendi taşınmazının korunması gerekli kültür ve tabiat varlığı olarak tescil edilmiş olduğunu bilmesi de beklenemeyecektir. Bu durum, idari bir organın (koruma bölge kurulu) ilan ve tebliğ edilmeyen; dolayısıyla öngörülebilir olmayan "karar" niteliğindeki bir idari işlemle bazı fiillerin suç olarak kabul edilerek ceza yaptırımına bağlanması sonucunu doğuracaktır.<sup>12</sup> Böylelikle, suçun ne olduğu açıklanmaksızın kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanması olasılığı doğmaktadır. Böyle bir düzenleme ise, ceza hukukunun belirlilik ilkesine uygun değildir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesi açısından kararda görülen yaklaşımı ile Anayasaya aykırılık sonucuna ulaşması kaçınılmaz olmuştur.

#### 4. İPTAL KARARININ SONUÇLARI

Anayasa Mahkemesi, anılan kararı ile 2863 sayılı KTVKK'nin 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline (oybirliğiyle) hükmetmiştir. Ancak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (AYMKYUHK) 66/3. maddesi gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Kısacası, Anayasa Mahkemesi inceleme konusu kararı ile suç ve ceza koyan bir normun Anayasaya aykırı olduğunu tespit etmiş; ancak oluşabilecek yasama boşluğunun sakıncalarını önlemek için iptal kararının yürürlüğe girişini bir yıl süreyle ertelemiştir.



Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi (itiraz) yoluyla gelen davada verdiği iptal kararı, herkes için (erga omnes) bağlayıcıdır. Bu bakımdan, anayasaya aykırılık itirazında bulunulan davanın amacına ulaşabilmesi için iptal kararının geriye yürütülmesi ve iptal edilen normun yok sayılarak karar verilmesi gerekir.<sup>50</sup>

#### 4.1. İptal Kararının Yürürlüğe Girişinin Ertelenmesi

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımı tarihinde *iptal edilen*<sup>51</sup> kanun hükmü yürürlükten kalkar. Ancak, Anayasa Mahkemesi gerekli gördüğü hallerde bir yıldan fazla olmayacak bir süre ile iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilmektedir (AY md. 153/3, AYMKYUHK md. 66/3). Anayasa Mahkemesi'ne bu yetkinin tanınmasının yerinde olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmakla birlikte,<sup>52</sup> bu yetkinin ancak çok istisnai olarak ve iptal kararının derhal yürürlüğe girmesi ile kamu düzeni bakımından gerçekten tehlikeli bir boşluğun doğabileceği durumlarda kullanabilmesi gerektiği tartışmasıdır.<sup>53</sup> Kuşkusuz, genel kapsamlı bir iptal sonucu yaratılmasının ve o alanda kanun boşluğu doğmasının

50 CANSEL, Erol: "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar" **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 95.

Farklı bir durumda, yani fail lehine sonuçlar doğuran bir kanunun iptali halinde ise iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar işlenmiş fiiller için hakkında lehe hüküm uygulanmaya devam edecektir. Bu konuda bkz. ÖNDER, 1991, s.169.

Failin lehine olan kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptali konusunda kapsamlı bir değerlendirmeye için ayrıca bkz. ARSLAN, Çetin: "TCK'nin 258. Maddesi Üçüncü Fıkrasının İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme" **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 43-64.

51 Doktrinde, Anayasanın "iptal kararı" terimini kullanması karşısında tezadın daha da arttığı, geçmişte etki etmemenin Anayasa Mahkemesine butlan kararı değil, Anayasaya aykırı kanunu kaldırma yetkisinin tanınması halinde daha makul olacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. EREM, Faruk: "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası" **Adalet Dergisi**, Ankara 1962, S. 5-6, s. 469.

52 Bu konuda ayrıca bkz. KUZU, Burhan: "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu" **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1987, C. 52, s. 190-191.

Karşılaştırmalı hukukta, böyle bir düzenleme Avusturya Anayasasında (md. 140) yer almaktadır. Ancak, İtalya ve Federal Almanya'da iptal kararlarının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi söz konusu değildir. Bkz. KUZU, 1987, s. 201-204. TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2009, s. 222.

53 ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 410. TEZİÇ, 2009, s. 222.

önlenmesi amacıyla iptal kararının yürürlüğe girmesi ertelenmektedir.<sup>54</sup> Bu anlamda, 2863 sayılı KTVKK'nin 65/a-b maddelerine ilişkin iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi de belirtilen normlarla ceza hukuku himayesi altına alınan hukuki değerlerin korunmasız kalmasını önlemek yani kamu düzenini korumak amaçlı olup; bu bağlamda yerinde bir tercih olarak gözükmektedir.

#### 4.2. İptal Kararının Yürürlüğe Girişinin Ertelenmesinin Sonuçları

İptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi durumunda anayasa hukukunun *anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi* ile ceza hukukunun *kanunilik ilkesi* arasında bir çatışma ya da çelişki oluşup oluşmadığı hususu irdelenmelidir. Kuşkusuz, Anayasaya aykırılığı belirlenmiş bir normun bir yıla kadar varabilecek bir süre için daha yürürlüğünü devam ettirmesi sakıncasız sayılamaz.<sup>55</sup> Bu itibarla, suç ve ceza içeren bir normun Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve buna ilişkin kararın yürürlüğünün ertelenmesine karar verilmesinin devam eden yargılamalara ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet hükümlerine ne surette etki edeceği konusu, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması bağlamında çözümü oldukça hassas bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

Anayasa hukukunda *iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi* geçerlidir (AY md. 153/5). Ancak bu ilke, somut norm denetiminde anayasaya aykırılık itirazında bulunan tarafın iptal kararının sonuçlarından bizzat yararlanmaması anlamına gelmemektedir.<sup>56</sup> Ceza hukukundaki *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* ise, hangi fiillerin suç olarak tanımlanarak yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir tereddüde yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi; ceza normunun açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekliliği anlamındadır. Kanunilik ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden birisi olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerin önemli teminatlarından birini oluşturmaktadır. Bu itibarla, anayasaya

54 AZRAK, Ülkü: "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği" **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1984, C. 1, s. 165.

55 CANSEL, 1992, s. 92. Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN, 2005, s. 410. TEZİÇ, 2009, s. 222.

56 ÖZBUDUN, 2005, s. 411. Krş. BİLGE, Necip: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu" **Ankara Barosu Dergisi**, Haziran 1990, Yıl: 47, S. 3, s. 362-363.

aykırılığı sebebiyle iptal edilen bir kanun hükmüne dayanarak *bir fiili halen suç olarak kabul etmeye devam etmek ve karşılığında da yaptırım uygulamak* kanunilik ilkesi bakımından problemlili gözükmektedir.

Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kanunun, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi ile teknik bakımdan geçerliliğini korusa bile sosyolojik açıdan meşruluğunu yitirmiş olacağı söylenebilir.<sup>57</sup> Dolayısıyla, anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal edilmiş bir kanunun kamu vicdanında da artık hukuki değerden mahrum hale geldiği tartışmasızdır. Öyleyse, hukuki değerden yoksun bir norma dayanılarak bazı fiillerin suç sayılması ve faillerine yaptırım uygulanmasının da kanunilik ile hukuk devleti ilkeleri karşısında izahı güç gözükmektedir. Kısacası, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesini lâfzî olarak değil; amaçsal ve makul biçimde yorumlayarak ilkenin uygulanışı ile istisnalarını her olaya göre kamu yararı, kamu düzeni, kararlılık, kazanılmış haklar, eşitlik, hakkaniyet, adalet vs. gibi kavramlar açısından belirlemeye çalışmak gereklidir.<sup>58</sup>

#### 4.2.1. Görülmekte Olan Davalar Bakımından

Yargıtay, 2863 sayılı Kanuna aykırılık suçundan devam eden davalara ilişkin olarak "...mevcut durum itibarıyla yürürlükte olup tatbik edilmesi gereken kanun maddesinin, henüz iptal hükmü yürürlüğe girmediği halde yok sayılmasının ve anılan madde uyarınca mahkûmiyet veya zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilemeyeceği sonucuna varılmasının, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilen "somut norm denetimi" uygulamasının amacına aykırı olduğu..." biçiminde düşüncesini ortaya koymuştur.<sup>59</sup> Yüksek Mahkeme'ye göre, iptal hükmünün yürürlüğe girmesine kadar yani bir yıllık erteleme süresi içinde de *anayasaya aykırılığı*

*belirlenerek iptal edilmiş olan suç ve ceza koyan norm* aynen uygulanmaya devam edilmelidir.

Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda iptal edilen norma dayanılarak yürütülen muhakemelere dair doktrinde ifade edilen tartışmalara değinmeyen bu içtihadına katılmaya imkan bulunmamaktadır. Gerçekten, hakkaniyete ve kanunilik ilkesine uygun bir muhakeme gerçekleştirme amacının, kamuoyu nezdinde meşruiyetini yitirmiş bir norma dayanarak bireylerin mahkûm edilmemesini gerektirdiği kuşkusuzdur.

İptal kararının yürürlüğe girmesine ilişkin bir yıllık erteleme süresinin bitiminden önce verilecek kararlar, aynı konuda süre bitiminden sonra verilecek karar arasında çelişki olacağı ve eşitliğin bozulabileceği<sup>60</sup> gözetildiğinde, mahkemelerin bu problemi aşmak için bir çözüm ortaya koymaları gereklidir. Kanaatimizce, belirtilen durumda, iptal edilen normu uygulaması beklenen ancak anayasaya aykırılığının belirlenmiş olması sebebiyle uygulamakta çekimser davranan mahkemelerin önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk olarak, iptal edilen normun anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecekler;<sup>61</sup> ya da bir yıllık erteleme süresinin sonuna kadar bir anlamda hüküm vermekten kaçınarak muhakemeyi uzatabileceklerdir.

İlk seçenekte, iptaline karar verilen ve yürürlük tarihi ertelenen bir kanunun uygulanmasına görülmekte olan dava sırasında muhatap olan kimse def'i yolu ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilecek (AY md. 152/1) ve mahkeme resen bu noktayı dikkate alacağından, vatandaşlar bu yolla kendilerini anayasaya aykırılığından dolayı iptaline karar verilen bir kanunun etkisinden koruyacak durumda olacaklardır.<sup>62</sup> Bu durumda, anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğinin objektif

57 ÖZBUDUN, s. 410. Krş. ROSSİ, Paolo: "Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü" (Tercüme: TOSUN, Öztekin), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 344.

58 KUZU, s. 225-226. Krş. EREM, 1962, s. 469. Cansel, gerek doktrin gerekse mahkeme içtihatlarıyla Anayasa'nın 153/5. maddesindeki görünüşte katı düzenleme biçimine açıklık getirilmeye ve hükmün geri yürümezliği ilkesinin istisnalarının araştırılmaya başlandığını vurgulamaktadır. Bkz. CANSEL, 1992, s. 94.

59 Bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 14.06.2013 tarihli ve 2013/8294-16324 sayılı kararı. (**Ulusal Yargı Ağı Projesi-UYAP Bilişim Sistemi**).

60 BİLGE, 1990, s. 364.

61 Kuzu, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda erteleme süresinin sonuna kadar aynı kanunla ilgili iptal başvurularına bakmamakta olduğundan söz ederek, bu durumda mahkemelerde def'i yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülebileceğini haklı olarak belirtmektedir. Bkz. KUZU, 1987, s. 191.

Belirtilen konuda örnek bir karar için bkz. 1972/18 E.-1972/24 K., **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 10. s. 397.

62 BOYACIOĞLU, Ahmet: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yolu ile Denetlenmesi" **Adalet Dergisi**, 1962, S. 7-8, s. 729.

bir nitelik kazanacağı kuşkusuzdur.<sup>63</sup> Gerçekten, Anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrası<sup>64</sup> iptal kararının geriye yürütülmesi gerektiğinin bir delilini oluşturmaktadır.<sup>65</sup>

İkinci seçenek olarak ise, iptal edilen kanun hükmüyle ilgili olarak devam eden davaları Anayasa Mahkemesinin belirlediği erteleme süresiyle paralel olarak ertelemeleri, bir başka ifadeyle "yargılamanın uzatılması" ihtimali gündeme gelmektedir. Bu durumun hâkimin hak ve nesafet icabı davranması suretiyle haksızlık tehlikesini bertaraf edici nitelikte olduğu ileri sürülse de;<sup>66</sup> bu seçeneğe başvurulması her zaman mümkün olmayacağı gibi tartışma da yaratacaktır.<sup>67</sup> Gerçekten, bu biçimde bir uygulamanın, Anayasa'nın 141/4. maddesindeki "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" kuralına aykırı olacağı kuşkusuzdur. Diğer taraftan, belirtilen yola başvurmamanın hukuki olmayacağı gibi, "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı" (AY md. 153/6) kuralını dolanmak olarak yorumlanabilmesi de gündeme gelebilecektir.

Mahkemelerin uygulamasında çözüm olarak gözüken söz ettiğimiz her iki seçenekte de "iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesi" kuralının pratikte beklenen amaca hizmet edip etmediği konusunda kuşku doğmaktadır.<sup>68</sup> Bir başka deyişle, belirtilen fiili uygulamalar ile iptal kararının geriye yürümezliğine ve herkesi bağlayacağına ilişkin *anayasal kurallar bir anlamda uygulanmamış olmaktadır*. Böylelikle, "iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelenmesi" kararı da işlevsiz yani sözde kalmaktadır. Bu itibarla, geriye yürümezlik kuralı katı bir kural olmayıp bir ilke kuralıdır; mutlak

manada anlaşılmalıdır, istisnaları vardır.<sup>69</sup> Bu bağlamda, iptal kararlarının geriye yürümeme ilkesini kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile aynı doğrultuda yorumlarsak problem aşılmış olacaktır.<sup>70</sup> Sonuç olarak, ceza muhakemesi devam ederken verilen iptal kararı sanık lehine bir sonuç oluşturmuşsa -yürürlüğü ertelenmiş olsa bile- dikkate alınmalıdır.<sup>71</sup>

#### 4.2.2. Kesinleşmiş ve İnfaz Aşamasındaki Hükümler Bakımından

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının iptal edilen kanuna dayanılarak verilmiş bulunan ve kesinleşmiş mahkûmiyet kararları üzerindeki etkisinin ne olacağı hususu -bazı ülkelerin aksine-<sup>72</sup> Anayasamızda düzenlenmiş değildir. Bu itibarla, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesinin sonucu olarak bu karardan önce kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazına devam edileceği akla gelebilir-se de bunun adalet ve ceza hukuku ilkelerine aykırı olacağı şüphesizdir.<sup>73</sup> Kuşkusuz, kanunun iptali sonucu fiilin suç olma niteliği ortadan kalkacağına göre suç olmayan bir fiilden dolayı cezanın infazına devam edilmesi kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.<sup>74</sup>

Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş bir kanun hükmüne göre kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün infazının mümkün görülmesi, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması kuralına ve özellikle suç olmaktan çıkmış bir fiilden dolayı cezanın infaz edilemeyeceği kuralına tamamen aykırı bir durumdur.<sup>75</sup> Gerçekten, TCK'nin 2/1. maddesine göre, "*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*" TCK'nin 2. maddesinden çıkan bu sonucu iptal kararının geriye yürümezliği ilkesi

63 TEZİÇ, 2009, s. 222.

64 Anayasa madde 152/1: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamehin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır."

65 BİLGE, 1990, s. 362-363.

66 ROSSİ, 1963, s. 342.

67 AZRAK, 1984, s. 164-165. Aynı yönde bkz. BİLGE, 1990, s. 364. Bilge'ye göre, iptal edilen kanun hükmüyle ilgili olarak devam eden davaları Anayasa Mahkemesinin belirlediği erteleme süresiyle paralel olarak ertelemeleri uygulanması güç bir çözüm olarak görülmektedir. Bkz. BİLGE, s. 364.

68 TEZİÇ, 2009, s. 222-223.

69 KUZU, 1987, s. 200. Aynı yönde bkz. KÖKÜSARI, İsmail: **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2009, s. 260.

70 KUZU, 1987, s. 211.

71 Krş. KÖKÜSARI, 2009, s. 260.

72 BİLGE, 1990, s. 360. ÖZBUDUN, 2005, s. 411.

Alman Anayasasında da bu konuda hüküm bulunmadığı, ancak iptal edilen bir kanuna göre verilen kesinleşmiş mahkûmiyet hükmüne karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. İtalyan Anayasası da Almanya'dakine benzemekle birlikte, iptal kararı ilgili kanunu yayımı tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmakta, yani karar geriye yürümektedir. Bu konuda ayrıca bkz. BİLGE, 1990, s. 360-361.

73 ÖZBUDUN, 2005, s. 411.

74 KUZU, 1987, s. 223. Aynı yönde bkz. CANSEL, 1992, s. 99.

75 EREM, 1962, s. 469.

ortadan kaldırmış değildir.<sup>76</sup> TCK'nin 7/1. maddesine göre ise *"işlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar."* Anayasanın "iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmü, ceza hükmü taşıyan kanunun iptali söz konusu olunca hukukun temel ilkelerinden birisi olan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ile çatışmaktadır.<sup>77</sup> Gerçekten, hukuk güvenliği ile kişi güvenliği çatışırsa *kişi güvenliği tercih edilmelidir.*<sup>78</sup> Bu itibarla, anayasaların da üstünde olan hukukun temel ilkesinin uygulanmasına öncelik tanımak ve sanık lehine sonuç doğuran iptal kararını derhal uygulamak gerektiği düşüncesindeyiz.

Gerçekten, iptal kararlarının geriye yürümesi veya yürümemesi meselesi "adalet" ile "hukuk güvenliği" arasında bir hukuk değeri seçimi olup, bu iki değer karşılaştırıldığında hukuk güvenliği daha ağır basmakla birlikte geriye yürümezlik ilkesini mutlak manada anlamamak gereklidir.<sup>79</sup> Ancak, hukuk güvenliği ile adalet ilkelerini birbirinin tam karşıtı olarak değerlendirmek de yerinde olmayıp; problem ancak tekil olaylarda söz konusu olan menfaatlerin tartılmasıyla çözümlenebilecektir.<sup>80</sup> İptal kararının derhal yürürlüğe gireceğini kabul eden Almanya'da bile bu ilkenin harfiyen uygulamasından doğabilecek sakıncaları gidermek için iptal edilen kanuna dayanılarak verilen mahkûmiyet hükümleri için yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.<sup>81</sup> İtalya'da ise iptal kararının kanunu yayın tarihinden itibaren ortadan kaldırdığı kabul edilmekte, böylelikle iptal kararı geçmişe etkili olmaktadır.<sup>82</sup> İtalya'da diğer taraftan, "anayasaya aykırılığı beyan olunan kuralın tatbiki neticesinde kesin bir mahkûmiyet hükmü verilmişse, infazı ve bütün cezaî neticelerinin ortadan kalkacağı" hususu bir kanunla düzenlenerek problem nihai olarak çözülmüştür.<sup>83</sup>

76 EREM, 1962, s. 469-470.

77 KUZU, 1987, s. 223.

78 GÖZLER, 2011, s. 87.

79 KUZU, 1987, s. 201. Krş. AZRAK, 1984, s. 359.

80 AZRAK, 1984, s. 359-360.

81 KUZU, 1987, s. 202.

82 KUZU, 1987, s. 203.

83 1953 tarihli ve 87 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri için bkz. ALA-

### 4.3. Değerlendirme

Sanığın lehine sonuç doğuran bir iptal kararı, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi kapsamında değerlendirilerek uygulanmalıdır. Bu bağlamda, TCK'nin 2. maddesinde ifade edilen normu **"Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"** biçiminde anlamak gereklidir. Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığı tespit edilerek iptal edilmiş bir ceza normunun ise artık "anayasaya uygun kanun" olmadığı ve kanunilik ilkesinin şartlarını yerine getiremeyeceği kuşkusuzdur. Gerçekten, anayasaya aykırılığı kesin olarak belirlenmiş bir hükmün uygulanması, *anayasa düzeni ile çelişki* göstermektedir.<sup>84</sup> Kuşkusuz, anayasa yargısı ile anayasanın bir bütün olarak değerlendirilmesi de sağlanmış olmakla;<sup>85</sup> anayasaya aykırılığı yargı kararıyla tespit edilmiş suç ve ceza hükmü getiren bir kanunu uygulamanın anayasaya aykırı olacağı muhakkaktır. Bu itibarla, hukukun temel ilkelerinden olan *kanunilik ilkesinin bir bakıma ihmal edilerek* iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi gerekçesine dayanılarak *suç ve ceza getiren ancak anayasaya aykırılığı belirlenmiş hükümlerin uygulanmasına devam edilmesi* -anayasal bir yetkinin kullanılması olarak gözükse dahi- hukukun genel ilkelerine uygun değildir.<sup>86</sup>

Ceza hukuku düzeninin bir değerler sistemi bütünü olduğu<sup>87</sup> nazara alındığında, kanunilik ilkesinin bu sistemin vazgeçilmez bir parçası olduğu tartışmasızdır. Kökeni 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'a kadar uzanan kanunilik ilkesini,<sup>88</sup> ceza hukukunun güvence fonksiyonunun temel taşı olarak nitelerek ve her şartta uyulmasını sağlamak hukuk devletinin temel görevlerindedir.

CAKAPTAN, Uğur: "İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1961, C. XVIII, S. 1-4, s. 506.

84 İÇEL/ DONAY, 2005, s. 101.

85 ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2003, s. 92-93.

86 Bu anlamda, "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" hükmünün hiç olmazsa somut norm denetimi açısından değiştirilmesinin zorunlu olduğu da problemin çözümü açısından önerilmektedir. Bkz. BİLGE, 1990, s. 368.

87 Bu konuda ayrıca bkz. HAFİZOĞULLARI, 1996, s. 11-12.

88 Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi hakkında bkz. İÇEL/ DONAY, 2005, s. 74-79.

Gerçekten, kanunilik ilkesi günümüzde anayasal bir ilke olarak kabul görüp hukuk devletinin bir unsuru olarak benimsenmiş; diğer taraftan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md. 11/2. bend) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 7) ile de uluslararası düzeyde teminat altına alınmıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin anayasa ile sağlanan güvencelerin korunmasını amaçladığı<sup>89</sup> gözetildiğinde de kanunilik ilkesinden vazgeçilmesi hiçbir şartta düşünülemeyecektir. Bu itibarla, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanma ihtimali gündeme geldiğinde adalet ve hakkaniyet düşünceleri gözetilerek kanunilik ilkesinin uygulanması hukuk güvenliğine tercih edilmeli ve *sanık lehine olan iptal kararı derhal uygulanmalıdır*. Aksi düşüncenin kabulü, anayasaya aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilmiş bir ceza normunun salt hukuk güvenliğini sağlamak adına uygulanması anlamına gelecektir ki, böyle bir uygulama adil olmadığı gibi toplum nezdinde meşruiyeti de bulunmayacaktır.

Ülkemizde, konunun hakkaniyete uygun olarak çözümü için düşünceler ortaya konulduğu görülmekte; nihai çözümün ise, Anayasanın 153. maddesinde yapılacak bir değişiklikle gerçekleştirileceği ifade edilmektedir.<sup>90</sup> Kanaatimizce, bu hususta Anayasa değişikliği yerine İtalyan sistemine benzer şekilde *TCK'nin 2. maddesinin "Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz"* şeklinde değiştirilmesi, tereddütleri ortadan kaldırmak için yeterli olacaktır. Böylelikle, iptal kararlarının geçmişe yürümesinin yani fail lehine uygulama yapılabilmesinin önündeki tereddütler ortadan kalkacaktır. Bu bağlamda, Anayasa koyucunun dahi "kanunsuz suç olmaz" ilkesini ihlal etme yetkisine sahip bulunmadığını<sup>91</sup> vurgulamak isteriz.

89 ONAR, 2003, s. 141-142.

90 Bu önerinin sahibi Özgenç'e göre Anayasanın 153. maddesi; "*İptal kararları geriye yürümez. Ancak, bir suçun unsurlarına, sair cezalandırılabilme şartlarına, cezasına, ceza mahkûmiyetinin kanuni neticelerine ilişkin kanun hükümlerinin iptali halinde; lehe sonuç doğuran iptal kararları, geriye etkilidir*" şeklinde değiştirilmelidir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 130.

Bu konuda bir başka düşünceye göre ise, Anayasa'nın 152. maddesi "lehe kanunun geriye yürüyebileceği" konusunda anayasal dayanak oluşturmakta olup, Ülkemizde bu konuda anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bkz. KÖKÜSARI, 2009, s. 261.

91 KUZU, 1987, s. 190.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, 2863 sayılı KTVKK'nin 65/a ve b maddelerindeki "korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının zarara uğramasına kasten sebebiyet vermek" ile "sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapmak veya yaptırmak" fiillerine ilişkin düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiş, iptal hükmünün yürürlüğünü ise kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl süre ile ertelemiştir.

Anayasa'mızda, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi kabul edilmiş; yine zorunlu hallerde iptal kararının yürürlüğe girişinin bir yıla kadar ertelenebilmesine imkân tanınmıştır. Bu süre içinde kanun koyucu iptal kararıyla oluşacak hukuksal boşluğu doldurmak için pek tabii ki bu konuda yeni bir kanuni düzenlemeye ivedilikle girişecektir. Ancak, ceza normuna ilişkin ve fail lehine sonuç doğuran bir iptal kararı sözü konusu olduğunda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesiyle amaçlanan hukuki güvenlik yanında suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi de hukuk devleti ile temel hak ve özgürlükler açısından bir o kadar önem taşımaktadır. Gerçekten, bu durumda iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği dönemde iptal edilen norma dayanılarak yürütülen muhakemeler için doktrinde önerilen ve mahkemelerde de başvurulan -ister iptal edilen normun anayasaya aykırılığı iddiasıyla aynı konuda da olsa yeniden konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne götürmek biçiminde olsun; ister erteleme süresinin sonuna kadar da olsa yargılamayı uzatmak ve hüküm vermekten kaçınmak biçiminde olsun- tüm çabalar suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun bir muhakeme gerçekleştirmek ve adalete ulaşmak uğrunadır. Bu anlamda, iptal kararının geriye yürümezliği ilkesinin sıkı biçimde uygulanmamasının amaca uygun bir çözüm olduğu inancıyla, iptal edilen ve kamu nezdinde meşruiyetini yitirmiş bir norma dayanarak bireylerin mahkûm edilmemesi ve haklarındaki mahkûmiyet kararlarının infaz edilmemesinin, hem adalet ve mantık ilkelerine hem de adil yargılanma teminatına uygun bir çözüm olacağı inancındayız. Ülkemizde, konunun nihai olarak çözümü için ise Anayasa değişikliği yerine İtalyan sistemine benzer şekilde TCK'nin 2. maddesinin "**Anayasaya uygun bir kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye**

*ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” şeklinde değiştirilmesi tereddütleri gidermek için yeterli olacaktır.*

### KAYNAKÇA

- ALACAKAPTAN, Uğur: “İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1961, C. XVIII, S. 1-4, s. 493-517.
- ARSLAN, Çetin: “TCK’nin 258. Maddesi Üçüncü Fıkrasının İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir İnceleme” **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 43-64.
- AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği” **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 1, Yıl: 1984, s. 151-168.
- BİLGE, Necip: “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 1990, S. 3, ss. 359-368.
- BOYACIOĞLU, Ahmet: “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def’i Yolu ile Denetlenmesi” **Adalet Dergisi**, 1962, S. 7-8, s. 716-730.
- CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar” **Anayasa Yargısı Dergisi**, Yıl: 1992, Cilt: 9, s. 87-104.
- ÇOLAK, Nusret İlker: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul Mart 2011. (ÇOLAK, 2011 b).
- ÇOLAK, Nusret İlker: “Kültür ve Tabiat Varlığı Olarak Tescil Kararı, Hukuki Niteliği ve Sonuçları” **e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Kasım 2011, S. 117, <http://www.e-akademi.org/makaleler/nicolak-9.pdf> (erişim tarihi\_29.11.2012). (ÇOLAK, 2011 a).
- ERDEM, Hüseyin: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Hüküm İfade Etmeye Başlayacağı Zaman: Yargı Organları Bağlamında Değerlendirme” **Adalet Dergisi**, Ankara 2012. S. 44, s. 101-122.
- EREM, Faruk: “Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası” **Adalet Dergisi**, Ankara 1962, S. 5-6, s. 459-471.
- GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2011.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- İÇEL, Kayıhan/ DONAY, Süheyl: **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap**, Dördüncü Bası, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2005.
- KANADOĞLU, Sabih: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Açıklamalar Yargıtay-Danıştay Kararları Mevzuat**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- KÖKÜSARI, İsmail: **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş. İstanbul 2009.
- KUZU, Burhan: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1987, C. 52, s. 185-227.
- MUMCU, Ahmet: “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26 Sayı 3-4, s. 45-78. (MUMCU I).
- MUMCU, Ahmet: “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1971 Cilt 28 Sayı 1-4, s. 41-76. (MUMCU II).
- ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 2003.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul 1991.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- ROSSİ, Paolo: “Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü” (Tercüme: TOSUN, Öztekin), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1963, C. XXIX, S. 1-2, s. 324-347.
- SOYASLAN, Doğan: **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. Ankara 1990.
- SOYASLAN, Doğan: “Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku’nun İlişkisi” **Jale G. Akipek’e Armağan**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya 1991, s. 105-144.
- TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Basım A.Ş. İstanbul 2009.
- UĞUR, Hüsamettin: “Suçta ve Cezada Kanunîlik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 91, Ankara 2010, s. 301-334.
- UMAR, Bilge: **Eski Eserler Hukuku**, Ege Üniversitesi Yayını, İzmir 1981.
- UMAR, Bilge/ ÇİLİNGİROĞLU, Altan: **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 11, Ankara 1990.
- <http://www.anayasa.gov.tr>  
<http://www.resmigazete.gov.tr>  
<https://uyap.gov.tr>