

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2020/61

Karar Sayısı : 2020/74

Karar Tarihi: 10/12/2020

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 497. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yapı müteahhidi,..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: 4708 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasına muhalefet suçundan açılmış olan dava sonucunda verilen beraat kararının istinaf incelemesinde itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 9. maddesi şöyledir:

"Ceza hükümleri

Madde 9 – (Değişik: 23/1/2008 – 5728/497 md.)

Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları hâlde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri hâlinde Türk Ceza Kanununun resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşunun izin belgesi alma aşamasında gerçeğe aykırı belge düzenlendiğinin izin belgesi verildikten sonra anlaşılması hâlinde, izin belgesi derhal iptal edilir.

Bu Kanuna aykırı fiillerden dolayı hükmolunan kesinleşmiş mahkeme kararları, Cumhuriyet başsavcılıklarınca Bakanlığa ve mimar ve mühendislerin bağlı olduğu meslek odalarına bildirilir.

Yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisleri; eylem ve işlemlerinden 3194 sayılı İmar Kanunu'nun fenni mesul için öngörülen hükümlerine tabidirler."

B. İlgili Görülen Kanun Hükümleri

1. Kanun'un 2. maddesinin dördüncü fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Yapı denetim kuruluşları aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür:

a) Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek.

...

c) Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek.

...

g) Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek."

2. Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi şöyledir:

"g) (Değişik: 14/2/2020-7221/25 md.) Aşağıda belirtilen;

1) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapının ruhsat eki onaylı statik projesinin ve hesaplarının, zemin etüd raporuna veya standartlara veya ilgili mevzuata aykırı olması,

2) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması,

3) 3 üncü maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne aykırı hareket edilmesi,

hallerinde, cezayı gerektiren fiil ve hâlin, yetkililer tarafından yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilip öğrenilmesinden itibaren İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça bir yıl yeni iş almaktan men cezası verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılmalarıyla 10/9/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Uğur İRİCİ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; 4708 sayılı Kanun'un uygulanması kapsamında yapı müteahhidine yüklenmiş herhangi bir görev veya yükümlülüğün bulunmadığı, fail, yapı denetim kuruluşu olduğu hâlde kural uyarınca yapı müteahhidinin cezalandırıldığı, bu durumun suç ve cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kuralla 4708 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında yapı denetim kuruluşunun icraî veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan yapı müteahhidinin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

5. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "*Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" denilerek "*suçun kanuniliği*", üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "*cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür (AYM, E.2013/28, K.2013/106, 3/10/2013).

6. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla bir kimsenin yalnızca kendi kusurlu eyleminden sorumlu olmasıdır. Bu ilkeye göre fiili işleyenler ve fiile iştirak edenlerden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları mümkün değildir. Anayasa'nın anılan maddesinin yedinci fıkrasıyla ilgili gerekçede de "*...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır.*" denilmektedir.

7. 4708 sayılı Kanun'un amacı 1. maddesinde "...can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek..." olarak ifade edilmiştir.

8. İtiraz konusu kural uyarınca bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan yapı müteahhidi altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Anılan suçun oluşabilmesi için öncelikle yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren bir fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

9. Yeni iş almaktan men idari yaptırımını gerektiren hâller ise Kanun'un "İdari müeyyideler ve teminat" başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde düzenlenmiştir. Anılan bendin (1) ve (3) numaralı alt bentlerde yer alan ve yeni iş almaktan men idari yaptırımını gerektiren fiiller yapı müteahhidinin sorumluluk alanıyla ilgili olmadığından bunların yapı müteahhidi açısından hüküm doğurmayacağı açıktır. Aynı bendin (2) numaralı alt bendinde ise "2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması" durumunda İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca bir yıl yeni iş almaktan men cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

10. Kanun'un 2. maddesinin atıfta bulunulan (c) ve (g) bentlerinin de yer aldığı dördüncü fıkrasında yapı denetim kuruluşlarının yerine getirmekle yükümlü olduğu görevler belirtilmiştir. Bu görevler arasında (c) bendinde "Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek", (g) bendinde ise "Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek" sayılmıştır.

11. Anılan hükümler gözönünde bulundurulduğunda kural uyarınca yapı müteahhidinin sorumlu olması için iki şartın varlığının gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre öncelikle yapı denetim kuruluşunun yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlememiş veya ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması hâlinde bu durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirme görevini yerine getirmemiş olması gerekir. İkinci şart ise yapının mevzuata aykırılık durumunun yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması gereğidir. Başka bir deyişle ruhsat eki onaylı statik projesine aykırılık dışındaki diğer hatalar suç oluşturmayacaktır.

12. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun açıkça suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp; bunların içerik bakımından da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir. (AYM, E.2013/28, K.2013/106, 3/10/2013)

13. Ceza yaptırımına ilişkin düzenlemelerin öngörülebilirliği ve erişilebilirliği noktasındaki öncelikli ölçüt, mahkemelerin yorumunu ve hangi eylemlerin ne tür bir cezayla karşılık bulduğunu, gerektiğinde hukuki bir yardımla kişilerin bilebilmelerini sağlamasıdır. Bu bağlamda tüm ayrıntıların düzenleme içinde yer alması şart olmayıp bazı muhtemel belirsizliklerin yargısal yorumla zamanla açıklanıp aydınlatılması imkân dâhilindedir. Bu noktada önemli olan yorumla ulaşılan sonucun, eylemin özü açısından tutarlı ve makul şekilde kabul edilebilir olmasıdır. (*Efendi Yıldız*, B. No: 2013/1202, 25/3/2015, § 34)

14. Yapım işini üstlenen kişi olarak yapı müteahhidinin, yapıyı ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapma sorumluluğu bulunmaktadır. Kişiye isnat edilen eylemin yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı yapılabildiğinin tespiti ile suçun diğer maddi unsurlarının varlığı ya da yokluğu, yapılacak yargılama neticesinde yetkili mahkemelerce çözüme kavuşturulması gereken bir sorundur. Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasına konu suçu oluşturan fiilin sınırları, yeni iş almaktan men idari yaptırımı uygulanmasını gerektiren fiilleri düzenleyen hükümlere atıfta bulunulmak suretiyle belirlenmiştir. Bu hâliyle yapı müteahhidinin, hangi eylemleri karşısında hangi cezai müeyyide ile karşılaşabileceğini öngörmesi mümkündür. Dolayısıyla kuralın belirsiz veya öngörülemez olduğu söylenemez.

15. Diğer yandan kuralda yapının ruhsat ve eklerine uygun yapımından sorumlu olan yapı müteahhidinin yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırılık teşkil eden kendi fiilleri nedeniyle cezalandırılmasının hüküm altına alındığı görülmektedir. Bu suretle kuralın cezanın şahsiliği ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

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

17. Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir.

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

19. İtiraz konusu kuralla yapı inşasından kaynaklanan tehlikenin ağırlığı gözetilerek yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı inşa edilmesinin önlenmesi ve böylece yapıların sağlamlığının temini amacıyla cezai müeyyide öngörülmüştür. Öncelikle

yaşam ve mülkiyet haklarının korunması maksadıyla getirilen cezai müeyyidenin kamu yararı amacıyla öngörüldüğünde kuşku bulunmamaktadır.

20. Kuralın yoğun ve aktif deprem kuşakları üzerinde bulunan ülkemizde sağlam yapıların inşa edilmesini sağlamak suretiyle başta yaşam ve mülkiyet hakkı olmak üzere birden fazla temel hakkın korunmasına katkıda bulunmayacağı söylenemez. Bu itibarla kuralın amaçlanan kamu yararına ulaşmada elverişli ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

21. Öte yandan kuralda düzenlenen suçla sübuta ermesi halinde yapı müteahhidi hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir. Anılan suçla konu eylemin neticelerinin ağırlığı, suç için belirlenen cezanın miktarı, cezanın failin durumu ve suçun niteliğine göre farklı miktarlarda uygulanabilmesi, amaçlanan kamu yararı ve kuralın uygulanması kapsamında verilen yargı kararının kanun yoluna tabi olduğu gözönünde bulundurulduğunda suçla korunmak istenen kamu yararı ile kişi menfaati arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği ve kuralın orantısız olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 497. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yapı müteahhidi,..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 10/12/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un (Kanun) 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... *yapı müteahhidi*..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

2. Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlıklı 38. maddesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesini güvence altına almaktadır. "*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*" diye de bilinen bu ilke gereğince kişilere isnat edilen fiillerin ve bunlara yönelik cezaların kanunda hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, anlaşılır ve kesin olarak düzenlenmesi gerekir. Kanunun yasak fiilleri ve bunların cezai sonuçlarını belirli bir kesinlik içinde açıkça düzenlemesi kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması bakımından son derece önemlidir.

3. İtiraz konusu ibarenin de içinde bulunduğu fıkra ve atfı yaptığı hükümler birlikte ele alındığında son derece karmaşık bir düzenlemeyle karşı karşıya olduğumuz anlaşılmaktadır. Kuralda neredeyse açık ve belirli olan tek husus yapı denetim kuruluşlarının denetimden sorumlu görevlileri yanında yapı müteahhidinin de *altı aydan üç yıla kadar hapis cezası* ile cezalandırılabileceğidir. Yapı müteahhidinin görevleri, cezaya konu fiiller ve en önemlisi bunların yapı müteahhidiyle ilgisi konularında belirsizlikler bulunmaktadır. Her şeyden önce üç yıla kadar hapis cezası öngören bir ceza hükmünün bu kadar karmaşık ve kesinlikten uzak bir şekilde düzenlenmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

4. Bu genel değerlendirmeden sonra kuraldaki belirsizliklere yakından bakabiliriz. İptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu fıkra şu şekildedir: "*Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, **yapı müteahhidi**, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*"

5. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, adı üzerinde, yapı denetimine ilişkin usul ve esasları, bu anlamda yapı denetim kuruluşlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen bir kanundur. Nitekim Kanun'un amacı, 1. maddede, "*can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek*" olarak belirtilmiştir.

6. Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasının da esas itibarıyla yapı denetim kuruluşlarının *görevini kötüye kullanan* ortakları, yöneticileri ile mimar ve mühendislerinin cezalandırılmasını amaçladığı, fıkra da bahsedilen görevin de doğal olarak *denetim* görevi olduğu açıktır. Ancak "*görevi kötüye kullanan*" ibaresinin yapı müteahhidi bakımından ne ifade ettiği belirli değildir. Zira yapı müteahhidinin *denetim* görevinden ziyade, binanın mevzuata uygun şekilde yapılmasını sağlama yükümlülüğünden bahsedilebilir.

7. Kanun “*yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden...kişi*” olarak tanımladığı yapı müteahhidine herhangi bir *denetim* görevi vermemektedir. Nitekim itiraz konusu ibarenin de içinde bulunduğu 9. maddenin ikinci fıkrasında “*bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları hâlde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri hâlinde Türk Ceza Kanununun resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır*” denilen kişiler arasında yapı müteahhidleri sayılmamıştır. Bu hükmün muhatapları fıkra “*yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri*” olarak belirlenmiştir.

8. Diğer yandan görevi kötüye kullanma sebebi olarak belirtilen “*yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller*”in yapı müteahhidiyle ilgisi bakımından da belirlilik bulunmamaktadır. Söz konusu fiiller Kanun’un 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde şu şekilde düzenlenmiştir: “1) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapının ruhsat eki onaylı statik projesinin ve hesaplarının, zemin etüd raporuna veya standartlara veya ilgili mevzuata aykırı olması; 2) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (g) benlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması; 3) 3 üncü maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne aykırı hareket edilmesi, hallerinde, cezayı gerektiren fiil ve hâlin, yetkililer tarafından yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilip öğrenilmesinden itibaren İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça bir yıl yeni iş almaktan men cezası verilir.”

9. Kanun’un 8. maddesinin atf yaptığı 3. maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesi “*Yapı denetim kuruluşu denetim faaliyeti dışında başka ticarî faaliyette bulunamaz.*” şeklindedir. Bu görevin yapı müteahhidiyle bir ilgisinin olmadığı açıktır. Aynı şekilde Kanun’un “*Yapı denetim kuruluşları ve görevleri*” başlıklı 2. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde yapı denetim kuruluşlarının “*Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşâ edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek*” görevi belirtilmiştir. Bu görevin de yapı müteahhitleriyle ilgili bir yönü olmadığı ortadadır. Son olarak 2. maddenin dördüncü fıkrasının (c) bendinde “*Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek*” ve (g) bendinde “*Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek*” şeklinde ifade edilen görevler ile yapı müteahhidi arasında bir bağlantı kurmak da zordur.

10. Öte yandan itiraz konusu kural uyarınca yapı müteahhidinin cezai sorumluluğu yapı denetim kuruluşlarının söz konusu görevlerini yerine getirmemesiyle yapılan hataların yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırılık teşkil etmesini de gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, çoğunluğun da belirttiği gibi, yapı müteahhidinin sorumlu olabilmesi; (a) yapı denetim kuruluşunun yapının mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlememiş veya aykırılığı üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmemiş olması ve (b) yapının mevzuata aykırılık durumunun yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması şeklindeki iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır (bkz. § 11). Bu iki şart birlikte gerçekleştiğinde yapı denetim kuruluşuna *yeni iş almaktan men cezası* uygulanması

söz konusudur. İtiraz konusu kural gereğince yapı müteahhidinin cezalandırılabilmesi yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiillere dayandırıldığından son tahlilde iki fiilin (şartın) birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

11. Halbuki, yukarıda vurgulandığı üzere, ilgili maddelerin başlıkları da metinleri de bu şartların yapı müteahhidine değil, denetimden sorumlu yapı denetim kuruluşlarına ve onların sorumlu görevlilerine yönelik olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durumda itiraz konusu kuraldan yapı müteahhidinin hangi fiillerinden dolayı sorumlu tutulduğunu anlamak mümkün değildir. Dolayısıyla yapı müteahhidinin hangi eyleminin cezalandırılacağı konusunda kuralın belirli ve öngörülebilir olduğu söylenemez.

12. Bu noktada çoğunluğun yapı müteahhidinin yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırılık teşkil eden *“kendi fiilleri nedeniyle”* cezalandırılacağı (bkz. § 15) yönündeki görüşüne de katılma imkânı yoktur. Çoğunluğun bu görüşünü yapı müteahhidinin cezalandırılabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiği yönündeki görüşüyle bağdaştırmak mümkün değildir. Kaldı ki, bir an için yorum yoluyla bu iki şarttan sadece ikincisi gerçekleştiğinde yapı müteahhidini cezalandırma yoluna gidilebileceği düşünülebilse bile kural yine de iptal edilmelidir. Zira kuralın her iki yoruma da müsait olması dahi tek başına düzenlemede açıklık ve belirlilik olmadığını göstermektedir.

13. Kanun koyucu elbette yapının mevzuata aykırı yapılmış olmasından dolayı yapı müteahhidi için cezai sorumluluk öngörebilir. Nitekim Kanun’un 3. maddesi *“yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı”* yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri ve laboratuvar görevlileri ile birlikte yapı müteahhidinin de yapı sahibine ve ilgili idareye karşı kusuru oranında sorumlu olduğunu belirtmiştir.

14. Buna karşılık ne itiraz konusu kural ne de Kanun’un 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi yapı müteahhidinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 3. maddenin anılan hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu nedenle iptali istenen kuralın yapı müteahhidinin cezai sorumluluğuna yönelik hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, anlaşılır ve kesin bir düzenleme olduğu söylenemez.

15. Diğer yandan bu haliyle kural uygulamada yanlış yorumlanmaya ve yapı denetim kuruluşlarının eylemlerinden dolayı yapı müteahhidinin de cezalandırılmasına müsait bir durum ortaya çıkarmaktadır. Böyle bir durum da hiç kuşkusuz Anayasa’nın 38. maddesinde korunan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Zira bu ilke, 38. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, *“faıldan gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı”*nı öngörmektedir. Bu sebeple yapı denetimi görevlilerinin icrai veya ihmali davranışlarıyla neden oldukları eylemlerden dolayı yapı müteahhidinin de cezalandırılması yoluna gidilebilecek olması cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı olacaktır.

16. Kuşkusuz yapı denetim kuruluşunun yaptırma bağlanan fiillerinden bazıları aynı zamanda yapı müteahhidinin cezai sorumluluğunu gerektiren eylemler olarak düzenlenebilir. Dahası, çoğunluk tarafından ifade edildiği gibi, *“yoğun ve aktif deprem kuşakları üzerinde bulunan ülkemizde başta yaşam ve mülkiyet hakkı olmak üzere birden fazla temel hakkın korunması”* bakımından bu yönde bir düzenlemenin elverişli ve gerekli olduğu da söylenebilir (bkz. § 20). Bu anlamda kanun koyucu kuralda sayılanlar gibi yapı müteahhidine de denetim

kapsamında bazı görevler verebilir ve bunları kötüye kullandıklarında cezai yaptırım öngörebilir. Ancak bu görevlerin ve cezaya konu fiillerin kanunda açıkça belirtilmesi, muhatapları yönünden de öngörülebilir olması zorunludur.

17. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğunu düşündüğümünden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 4708 sayılı Kanunun değişik 9. maddesinin incelemeye konu birinci fıkrası şöyledir: “*Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, **yapı müteahhidi**, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” İptal istemi yapı müteahhidi ibaresi hakkındadır. Kanunda yapı denetimi kuruluşlarının görev ve sorumlulukları ve denetim görevlileriyle ilgili ceza normu düzenlenirken, bir anda karşımıza yapı müteahhidi ibaresi çıkmaktadır. Bu durum, tipik fiilin yapı denetimi üzerinden tanımlanmasına karşın müteahhidin hangi fiil nedeniyle cezalandırıldığı sorusunu akla getirmektedir. Bu soruyu cevaplamak için öncelikle kanunun neyi düzenlediğini görmekte yarar bulunmaktadır.

2. 4708 sayılı Kanun, adından da anlaşılacağı üzere yapı denetimine ilişkin faaliyetlerin düzenlenmesiyle ilgilidir. Kanunda tümüyle yapı denetim firmalarının kuruluşu, görevleri, sorumlulukları ve Bakanlıkla ilişkileri gibi hükümler yer almaktadır. Bazı maddelerde dolaylı biçimde müteahhit ibaresi geçmekle birlikte doğrudan müteahhidin görev ve sorumluluklarının düzenlendiği bir madde bulunmamaktadır. Aksine 3. maddede; imar mevzuatı uyarınca idareye karşı fenni mesuliyeti yapı denetim kuruluşlarının üstlendiği belirtilmektedir. Yine 2. maddede ise yapı denetim kuruluşlarının bu maddede belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlü oldukları ifade edilmektedir. Örneğin 2. maddenin 4. fıkrasının c bendine göre yapı denetim kuruluşu; “yapının ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek” ve g bendine göre de “ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu idareye üç gün içinde bildirmek” ile yükümlüdür. Kanunun 8. maddesinde ise ; birinci fıkrada; “Yapı denetim kuruluşlarından bu Kanunda ve ilgili mevzuatta öngörülen esaslara göre denetim görevini yerine getirmedikleri tespit edilenlere, tespit edilen fiil ve hallerin durumuna göre, aşağıdaki idari yaptırımlar uygulanır.” denildikten sonra 8/g. maddesinde binanın statik projesinin ve hesaplarının, zemin etüd raporuna veya standartlara veya ilgili mevzuata aykırı olması veya 2/4-c,g alt bentlerindeki görevlere aykırılık dolayısıyla oluşan hataların ruhsat eki onaylı statik projeye aykırı olması durumlarında, Bakanlıkça bir yıl **yeni iş almaktan men cezası** verileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Kanunun 8. maddesinin ilk fıkrasında, yeni iş almaktan men cezasının müteahhit hakkında değil, yapı denetim kuruluşu hakkında uygulanacağı açıkça belirtilmektedir. Buna karşın çoğunluk görüşü yönünde yazılan Mahkememiz gerekçesinde (par. 9-11) bu yaptırımın müteahhit hakkında düzenlendiği yazılmıştır. Başka deyişle 8. maddede müteahhidin bir görev ve yükümlülüğünden söz edilmediği gibi bu cezanın müteahhit hakkında uygulanacağına ilişkin bir kural yer almadığı halde, karar gerekçesi maddeyi farklı biçimde (?) okumak istemektedir.

3. Anayasanın 38. maddesinin ilk üç fıkrasında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan kanunilik ilkesi anayasa hukukumuzda ilk olarak 1876 tarihli Kanunu Esası’nın 10. maddesiyle girmiştir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca; ceza normları kanunla konulmalı, kıyas ve yorum yoluyla suç ve ceza ihdas edilmemelidir (AYM 12.11.2015, 32/102 E/K. Par. 7). Kanunilik ilkesi uyarınca ayrıca, aleyhe yasalar geriye yürütülmemeli, lehe olan yasalar ise sanık lehine uygulanmalıdır (AYM 11/04/2019 tarihli ve E.2019/9, K.2019/27). Bu ilkenin en önemli güvencelerinden biri de suç

ve cezalara ilişkin *belirtililik ve öngörülebilirlik* alt ilkeleridir. Anılan ilkeler uyarınca “hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir” (AYM 12.11.2015, 32/102 E/K. Par. 7). Ceza normunun muhatabı olan muhtemel failin, suç tanımında hangi fiilin yasaklandığını, başka deyişle hangi hareketinin cezalandırıldığını açıkça anlayıp öngörebilmesinin mümkün olmadığı hallerde suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı bir düzenleme olduğu değerlendirilmelidir. Bir ceza normunda, belirtilen anayasal güvenceye aykırı davranılması Anayasanın 38. maddesine aykırı olacağı gibi, ayrıca temel haklara ilişkin üstün bir güvence sistemi kurulmasını öngören hukuk devleti idesinin de gözardı edilmesi anlamına gelecektir.

4. Bu aşamada, kanunilik ilkesi açısından, incelemeye konu 9/1. maddedeki ceza normuna dönerek cezalandırılmak istenen yapı müteahhidi yönünden suç unsurlarının neler olduğuna değinmek gerekir. Suç tanımında, yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendislerinin bu kanun hükümlerinin uygulanması sırasında icrai veya ihmali davranışla “*yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle*” görevi kötüye kullanmalarının cezalandırıldığı belirtilmektedir. Kurala göre suçun faili herhangi bir kimse değil, yapı denetimiyle sorumlu olanlar veya yapı müteahhidi olarak özgülenmiştir. Başka deyişle fail yönünden özgü suç niteliğinde düzenlendiğinden, bu suç özel fail dışındaki kimselerce işlenemez. Belirtilik ve öngörülebilirlik ilkeleri uyarınca özel faillik öngörülen suç tiplerinin düzenlenmesinde failin uyması gereken yasak fiilin açıkça belirtilmesi zorunluluğu daha da önem kazanmaktadır. Sözgelimi yalnızca kamu görevlisi failler tarafından işlenebilecek olan; zimmet suçunun “zilyedliği kendisine devredilmiş veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisi veya başkasının zimmetine geçirme” hareketiyle işleneceği ya da görevi kötüye kullanma suçunda fiilin “görevin gereğine aykırı hareket edilmesi” şeklinde işleneceği ceza normunda (bkz. TCK m. 247, 257) açıkça gösterilmektedir.

5. Bununla birlikte incelenen kuralda özel fail olarak yer alan yapı müteahhidi yönünden aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Suç tanımında müteahhit yönünden hareket ögesi “*yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiil*” olarak ifade edilmektedir. Kanunilik ilkesi açısından bu şekilde gösterilen suçta konu hareketin ceza normunda tanımlanması veya bu tanımın atıf yapılan bir kanun hükmünde yer alması gerekir. Aynı maddede bu ‘fiil’ tanımlanmadığına göre, men cezasını gerektiren fiilin kanunun başka maddesinde düzenlenmiş olması gerekir. Nitekim Kanunun 8. maddesinde yapı denetimi kuruluşu hakkında uygulanacak idari yaptırımlar kapsamında g bendinde 3 alt bent halinde sayılan fiillerin işlenmesi durumunda denetim kuruluşuna yeni iş almaktan men cezası verileceği belirtilmektedir. Çünkü atıf yapılan bentlerde denetim kuruluşu için öngörülen yükümlülüklerle aykırılık nedeniyle bu yaptırım uygulanmaktadır. Ne var ki Mahkememiz karar gerekçesinde yazılı olduğunun aksine, yeni iş almaktan men cezası verilecekler arasında müteahhit yer almamaktadır. Aynı düzenlemede veya kanunun diğer maddelerinde müteahhidin bu cezayı gerektiren bir fiilinden veya görevlerinden de söz edilmemektedir. Kanundaki tüm kurallar, yapı denetim kuruluşunun denetim faaliyetleriyle ilgilidir. Projesine uygunluk, kanuna uygunluk vb. kavramlar da denetim kuruluşu ve görevlileri yönünden ifade edilmektedir. Hiçbir maddede doğrudan yapı müteahhidine ilişkin bir yükümlülük getirilmemekte veya ihlal edildiğinde yapı müteahhidinin idari bir yaptırıma veya cezai takibata uğrayacağından söz edilmemektedir. Fakat 9. maddede denetim kuruluşuna yönelik fiil düzenlenirken sürpriz şekilde “yapı müteahhidi” ibaresine yer verildiği görülmektedir.

6. Bu arada belirtilmelidir ki elbette müteahhidin yapı sahibiyle yaptığı sözleşme ve imar kanunu ve ilgili diğer kanunlar ile talî kurallar uyarınca yükümlülükleri ve sorumlulukları olacaktır. Örneğin böyle bir kural olmasa dahi binanın fenni kurallara uygun yapılması nedeniyle depremde yıkılması halinde müteahhit TCK'nın ilgili hükümleri karşısında cezai yönden sorumludur. Müteahhidin bina yapımındaki genel sorumluluğuna aykırılığının özel olarak cezai yaptırıma bağlanması düşüncesi de savunulabilir. Ancak böyle bir düzenlemenin Anayasal ilkelere aykırı olmaması gerekmektedir. Bu anlamda Kanunda suçun hareket ögesi “yeni iş almaktan men cezasını gerektiren fiil” olarak belirtildiğine göre, anılan fiilin aynı madde içinde veya başka bir yasal düzenlemede açıklanması gerekir. Fakat gerek 8. maddede, gerekse diğer bir maddede müteahhit bakımından böyle bir fiil tanımı yer almamaktadır. Kanunun 2. ve 8. maddelerinde belirtilen; “proje müelliflerince hazırlanan ... projesi ve hesaplarına uygunluğu” veya “yapının ruhsat ve eklerine uygun yapılmasını” denetlemek, yine ...“onaylı statik projesi ... etüd raporu ve standartlara aykırı olması” hallerinin tespiti gibi görevlerin tümüyle yapı denetim kuruluşuyla ilgili olduğu anılan maddelerin okunması halinde açıkça görülmektedir. Müteahhidin sözleşmeden kaynaklanan binayı kanuna ve onaylanan resmi projesine uygun olarak inşa etme yükümlülüğünün, bina güvenliği bakımından ne derece önemli olduğu tartışmasıdır. Fakat konumuz müteahhidin bu nedenle ceza sorumluluğunun olup olmayacağının tartışılması değildir. Kanun koyucunun da müteahhidin cezalandırılmasını istediği anlaşılmakla birlikte kuralın anayasal denetiminde tartışılan konu, yapılan düzenlemenin suç ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun olup olmadığı meselesidir. Ne yazık ki bu düzenleme, ceza hukuku öğretisinde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini ihlal eden en çarpıcı örneklerden biri olarak gösterilebilecek niteliktedir.

7. Diğer taraftan kuralın yapı denetimi kuruluşu görevlilerinin ihmali/pasif veya icrai/aktif fiilleri üzerinden suçu tanımlaması ve müteahhide ilişkin ayrı bir fiilin açıklanmaması karşısında kuralda, yapı denetim kuruluşu görevlilerinin tespit edilecek kanuna aykırı fiilleri nedeniyle müteahhidin cezalandırılmasının öngörüldüğü gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır. İhtihatlarla böyle anlaşılmayacak şekilde yorumlanabileceği söylenebilir ise de normun yapısı gereği, belirtilen yorumun zaman zaman öne çıkarılabilemesi mümkündür. Bu durumda yapı müteahhidinin kendi kusurlu fiili irdelenmeksiniz, yapı denetim kuruluşu görevlilerinin tespit edilen kanuna aykırı eylemleri nedeniyle cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla düzenlemenin Anayasanın 38/5. maddesinde yer alan ve kusur ilkesinin bir yansıması olan cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı olduğu söylenmelidir.

8. Öte yandan, Mahkememizin kimi kararlarında da belirtildiği üzere ; “Hukuk devletin temel ilkeleri arasında yer alan *aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)* ilkesi gereğince kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” (AYM, E.2019/16, K.2019/15, 14/03/2019, par. 11; AYME.2017/33, K.2019/20, 10/04/2019, par. 49). **Ne/non bis in idem ilkesi/kuralı**, Türkiye'nin de taraf olduğu “11 No'lu Protokol İle Değişik İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'ye Ek 7 No'lu Protokol”ün 4. maddesi ile de güvence altına alınmıştır. Bu nedenle Anayasanın 90/son maddesi kapsamındadır. Ancak Mahkememiz bu kuralın hukuk devleti ilkesi kapsamında bir güvence teşkil ettiğini kabul etmektedir. Kanun koyucunun kuralda yeni iş almaktan men cezasına ilişkin 8/g maddesine müteahhit yönünden de atfı yaptığı gözetildiğinde, incelenen kuralın **bir fiilden dolayı iki defa yargılama ve cezalandırılmayı** da gerektirdiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere 8/g maddesindeki idari yaptırım tanımı da

tümüyle yapı denetim kuruluşuyla ilgilidir. Bununla birlikte öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı biçimde 9. madde ile yapı müteahhidi yönünden de bu yaptırıma gönderme yapılmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki Kanunda madde 2., f. 4, bent a, c ve g’de tanımlanan yükümlülöklere aykırılık teşkil eden fiiller, “yeni iş almaktan men cezası”nı gerektiren kabahat olarak tanımlandıktan sonra, bu fiillerin “bir işte” işlendiğinin “aynı anda tespit edilmesi” halinde, her bir fiille ilgili olarak ayrı ayrı idari yaptırım kararı verilmeyecek, bir defa “yeni iş almaktan men cezası” verilecektir (m. 8, f. 17). İlginçtir, özel içtima düzenlemesi olan bu hükme göre, söz konusu farklı fiiller “bir işte” aynı anda değil, farklı zamanlarda işlendiğinde dahi bir yaptırım uygulanacaktır. Sonuç olarak, incelenen kural uyarınca yapı müteahhidinin aynı fiil nedeniyle bir taraftan idari yaptırım nedeniyle, diğer taraftan da 9. maddedeki suç dolayısıyla yargılanarak cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Kural bu nedenle Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

9. Açıklanan nedenlerle kuralda yer alan *yapı müteahhidi* ibaresinin Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 38. maddesinde yer alan *suç ve cezaların kanuniliği ve cezaların şahsiliği ilkelerine* aykırı olduğu ve iptali gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un "Ceza hükümleri" başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında "*Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu fıkradaki "...*yapı müteahhidi*..." ibaresinin yapı denetim kuruluşlarının ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendislerinin eylemleri nedeniyle yapı müteahhidinin cezalandırılmasına yol açtığı gerekçesiyle iptali talep edilmiştir.

2. Yapı denetim kuruluşunun eylemleri veya ihmallerinden dolayı yapı müteahhidinin hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören kural nedeniyle yapı müteahhidi herhangi bir kusuru olup, olmadığına bakılmaksızın yapı denetim kuruluşunun denetim görevini yerine getirmemesinden dolayı ceza tehdidi ile karşı karşıya gelmektedir.

3. Kuraldaki suça ilişkin eylemlerin faili müteahhit değil yapı denetim şirkettir çünkü kural, yapı müteahhidini değil yapı denetim şirketi yetkililerinin Kanun'un 2. maddesinin dördüncü fıkrası (c) bendi uyarınca yapı müteahhidini denetleme görevlerini ihmali ya da icrai şekilde yerine getirmeyerek görevlerini kötüye kullanmalarını cezalandırmaktadır.

4. Kanun'un 2. maddesinin (c) bendinde düzenlenen "*Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek*" fiili yapı müteahhidinden ziyade yapı denetim şirketine ait bir görev ve sorumluluğa işaret etmektedir. Burada yapı denetim şirketi, yapı müteahhidinin yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını görevini denetlemekle yükümlüdür. Gerek maddenin başlığında, gerekse de madde metninde yapı müteahhidi ibaresi hiçbir şekilde geçmemektedir. Nitekim maddenin ilgili fıkrasının başında ve ona bağlı tüm bentlerde "*Yapı denetim kuruluşları aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür*" hükmü bulunmaktadır.

5. Anayasanın 38. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasında yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereğince kişilerin hangi eylemleri nedeniyle, ne şekilde cezalandırılacaklarını önceden şüpheye yer bırakmayacak şekilde öngörebilmeleri gerekmektedir. Aynı maddenin yedinci fıkrasında da cezaların şahsiliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bir kimse kendi eyleminden kaynaklanmayan bir nedenden dolayı cezalandırılmaz.

6. Yapı müteahhidinin, yapının ruhsat ve ekleriyle mevzuata uygun olarak yapılmasında sorumluluk taşıdığı açıktır. Bu sorumluluğun yerine getirilmemesi kanun koyucu tarafında bir suç olarak nitelendirilebilir ama suç olan eylemin ve karşılığında uygulanacak cezanın kanunda açık, net ve anlaşılabilir bir şekilde yer alması insan haklarına saygılı demokratik hukuk devletinde zorunluluk taşıdığı da yadsınamaz. Mahkememiz de bir kararında kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın uygulandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir (AYM, E.2013/28, K.2013/106, 03/10/2013).

7. İtiraz konusu kuralda kanun koyucu suç olan eylemin tespiti için kanunun 8. maddesine dolaylı bir göndermede bulunmuş bu maddede de diğer 2. ve 3. maddelere atıfla meseleyi çözmeye çalışmıştır. Kanun koyucunun doğrudan yapı müteahhidini kanuna aykırı eyleminden olayı cezai yaptırıma tabi tutmak yerine, neden böyle tuhaf ve dolambaçlı bir yola başvurduğu belli değildir. Bu yol, ilgililerin konusu suç teşkil eden eylemleri ve bunun için öngörülen cezayı bilmesini, kavramasını, öngörmesini ve anlamasını zorlaştırmaktadır. Ortada kanunun kalitesiyle ilgili bir sorun olduğu gayet açıktır.

8. Atıf yapılan maddelerde ve 4708 sayılı Kanun'un tamamında uygulama bağlamında yapı müteahhidine yüklenmiş herhangi bir görev yoktur. Yapı müteahhidi için öngörülen cezai sorumluluğun müteahhidin hangi fiiline bağlandığı kanunda açık ve kesin olarak gösterilmemiştir. Yapı müteahhidinin hukuka aykırı hangi eylemleri nedeniyle cezalandırıldığı Kanun'un 9. maddesinden anlaşılmamaktadır. Aynı maddenin cezalandırma koşulu olarak belirttiği "iş almaktan men cezası" yapı denetim kuruluşunun eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, kural yapı denetim kuruluşunun eylemleri nedeniyle yapı müteahhidinin cezalandırılabilmesine neden olmaktadır.

9. Belirtilen gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle bağdaşmadığı sonucuna ulaştığımdan, karara katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 9/1 maddesinde geçen "yapı müteahhidi" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile yapılan itiraz başvurusu üzerine bahse konu ibarenin Anayasa'nın 2., ve 38. maddelerine aykırı olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca iptal istemi reddedilmiştir.

2. Mahkemeye göre, kuralın yapı müteahhidinin hangi eylemleri karşısında hangi cezai müeyyide ile karşılaşabileceğini öngörmekte olduğu ve bu nedenle kuralın belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmektedir (§ 14).

3. Oysa burada kanaatimizce bahse konu ibareden hareketle yapı müteahhidinin cezalandırılmasında ilgili kanun maddelerinde yapı müteahhidine yüklenen görevin ne olduğu net bir biçimde ortaya konulmadan yapı müteahhidinin cezalandırılmasının mümkün olduğu, adeta yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları ile mimar ve mühendislerinin eylemleri nedeniyle yapı müteahhidinin cezalandırılması yoluna gidilebileceği şeklinde bir sakınca ortaya çıkmaktadır.

4. Elbette ki imar mevzuatına aykırılık nedeniyle yapı müteahhidinin de kendi sorumluluğu altındaki eylemleri nedeniyle cezai yaptırıma tabi tutulması mümkündür. İmar mevzuatına aykırılık nedeniyle yapı müteahhidinin cezai sorumluluğunun ne şekilde olması gerektiği ise kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu Anayasa'nın 38. maddesindeki "kanunilik" bağlamında aranan koşullara uygun bir kanunla bu konuyu düzenleyebilir. Ancak getirilen ceza normunda "belirsizlik" ve "öngörülemezlik" sorunu bulunmamalıdır.

5. Denetlenen kuraldaki sorun Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 9/1. maddesinde düzenlenen suç tanımındaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır. Kanunda yapı müteahhidinin hangi koşulların varlığı halinde ve hangi fiillerden dolayı cezalandırılması gerektiği anlaşılır ve net biçimde ifade edilmemiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın 138. maddesindeki suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden hareketle yapı müteahhidinin cezalandırılmasına konu fiillerin "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" şartlarını sağlayacak açıklıkta düzenlenmiş olması gerekmektedir.

6. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihadında, suç ve cezaların kanuniliği bağlamında "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" ile ilgili görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

"Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, 'Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz' denilerek 'suçun kanuniliği', üçüncü fıkrasında da 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur' denilerek, 'cezanın kanuniliği' ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında da ifade edildiği üzere Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan 'suçta ve cezada kanunilik' ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri

düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır". (Bkz.: E. S.: 2016/191, K. S.: 2017/131, K. T.: 26.7.2017, § 25).

7. Oysa bahse konu 9. maddedeki suçun tanımında yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali bazı davranışları suç olarak öngörülmekte olup bu suç tanımı yapı müteahhidi için kolay anlaşılır biçimde düzenlenmiş değildir. Yapı müteahhidi için 9. maddenin birinci fıkrası kapsamında yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiillerin net bir biçimde belirlendiği söylenememektedir.

8. Hatta, bununla bağlantılı olarak 4708 sayılı Kanun'un "Yapı denetim kuruluşları ve görevleri" başlıklı 2. maddesinin dördüncü fıkrasının ilgili kısımları ile "İdari müeyyideler ve teminat" başlıklı 8. maddesindeki ilgili düzenlemeler, Mahkememiz çoğunluk kararındaki görüşün aksine, "belirlilik" ve öngörülebilirlik" bağlamında yapı müteahhidinin cezalandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemeyi daha da sorunlu hale getirmektedir.

9. Dolayısıyla burada bu Kanun kapsamında atfedilen görevin ne olduğu net bir biçimde ifade edilmeksizin yapı müteahhidine sorumluluk yüklenmesinin ceza kanunu hükümlerinde bulunması gereken öngörülebilirlik ve belirlilik şartlarını sağlayacak yeterlik taşımadığı ve bu gerekçeyle de dava konusu ibarenin Anayasa'nın 38. maddesi ile uyumlu kabul edilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmalıdır.

10. Esasında bu durum Kanun metninde suçun failleri olarak dava konusu fıkra da yer verilen yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, şantiye şefi gibi kişiler için söz konusu olan karışıklık ve düzenleme sorunundan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda kuralın yapı müteahhidi açısından kuraldaki belirsizlik nedeniyle uygulamada adeta objektif sorumluluk sonucunu doğurabilecek bir cezalandırmaya sebebiyet verebilecek nitelikte olduğu da ifade edilmelidir. Bu yönü ile kural aynı zamanda Anayasa'nın 38. maddesindeki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile de çelişmektedir.

11. Yukarıda sıralanan gerekçelerle 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 9/1. maddesinde geçen dava konusu "yapı müteahhidi" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılık nedeniyle iptali gerektiği kanaatinde olduğumuz için Anayasa Mahkemesi çoğunluğunun aksi yöndeki görüşüne katılmamaktayız.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

4708 sayılı Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasındaki “...yapı müteahhidi...” ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red gerekçesinde; yapı müteahhidi bakımından, kuralda öngörülen suçun oluşabilmesi için ruhsat eki onaylı statik projesine aykırılığın bulunması gerektiği, bu nedenle kuralın cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığı, eylemin sınırlarının atıfla belirlenmesi sebebiyle belirli ve öngörülebilir olduğu, cezaî müeyyidenin meşru bir amacının bulunduğu ve kanun koyucunun anayasal sınırlar içindeki takdir yetkisini kullanarak yaptığı düzenlemenin ölçülü olduğu belirtilmiştir.

İncelenen ibarenin yer aldığı fıkra; yapı denetim kuruluşunun yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller nedeniyle görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, şantiye şefi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlilerinin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Buna göre, fıkra; sayılan kişilerin cezalandırılmasını gerektiren fiiller, “yeni iş almaktan men cezasını gerektiren fiiller” olarak belirlenmiş; ayrıca “yapı denetim kuruluşunun” söz konusu fiiller nedeniyle “görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri” suçun failleri olarak sayılmıştır. Fıkranın devamında, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen “yapı müteahhidi” ibaresine yer verilmişse de, yapı müteahhidinin yapı denetim kuruluşunun yeni iş almaktan men cezası uygulanmasını gerektiren fiiller ile bağlantısı anlaşılamadığı gibi özellikle “görevini kötüye kullanan” ibaresi ile ilgisi de kurulamamıştır.

Fıkra; yapı müteahhidinin de cezalandırılacağı belirtilen yapı denetim kuruluşunun “yeni iş almaktan men cezası” ile cezalandırılmasını gerektiren fiiller, Kanunun “Yapı denetim kuruluşları ve görevleri” başlıklı 2. maddesinde sayılmış ve “İdari müeyyideler ve teminat” başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, 2. maddenin dördüncü fıkrasının (a), (c) ve (g) bentlerinde belirtilen fiiller için idari müeyyide olarak bir yıl yeni iş almaktan men cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Anılan bentlerde düzenlenen görevlerin, dolayısıyla bu görevlerin yerine getirilmemesi şeklindeki fiillerin ise yapı müteahhidinin görev ve sorumluluklarıyla bir ilgisi yoktur.

Böylece, incelenen ibarenin de yer aldığı 9. maddenin birinci fıkrasında, aynı fiiller sebebiyle hapis cezası uygulanması ve yapı müteahhidinin görev ve sorumluluklarıyla ilgisi bulunmayan ve tamamen yapı denetim şirketinin görevlerine ilişkin olan bu fiiller için yapı müteahhidinin de cezalandırılması öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, yapı denetim şirketinin fıkra; sayılan sorumlularının, aynı Kanunun 2. maddesi uyarınca yapı müteahhidini denetleme görevlerini icraî veya ihmali davranışlarıyla yerine getirmeyerek görevlerini kötüye kullanmalarının hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören kuralda, söz konusu fiillerin faili olmayan yapı müteahhidinin de cezalandırılmasını gerektiren bir düzenleme getirilmiştir.

Bilindiđi gibi, Anayasanın 38. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, suç ve cezalara ilişkin kanunî düzenlemelerin açık ve anlaşılır olmasını gerektiren “suçların ve cezaların kanuniliği”; yedinci fıkrasında da kişilerin yalnızca kendi eylemlerinden sorumlu olmalarını gerektiren “cezanın şahsiliği” ilkeleri düzenlenmiştir. Bu ilkeler uyarınca, bireylerin hangi fiilleri sebebiyle ne şekilde cezalandırılacaklarını önceden bilmeleri gerekir ve bir kimse kendi fiilinden kaynaklanmayan bir nedenle cezalandırılmaz.

Yapının ruhsat ve ekleriyle mevzuata uygun olarak yapılmasının yapı müteahhidinin sorumluluğunda olduğu ve kararda da belirtildiği üzere, kanun koyucunun statik projeye aykırılığı suç olarak kabul etme hususunda takdir yetkisine sahip bulunduğu tartışmasız olmakla birlikte, suça konu fiilin ve karşılığında öngörülen cezanın kanunda belirlenmiş olması zorunludur.

İncelenen kuralda ise, yapı müteahhidinin hangi fiili sebebiyle cezalandırılmasının öngörüldüğü 9. maddeden anlaşılamadığı gibi -çoğunluğun kararında belirtilenin aksine- Kanunun iç atıflarıyla da bu fiil belirlili ve öngörülebilir hâle gelmemiştir. Diğer taraftan, cezalandırma şartı olarak iş almaktan men cezasını gerektiren fiillerden söz edildiğinden, yapı denetim kuruluşu sorumlularının fiilleri nedeniyle yapı müteahhidinin cezalandırılması sonucunu doğurabilecek düzenleme bu açıdan da cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bu sebeplerle, “...yapı müteahhidi...” ibaresinin Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞI OY

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkındaki Kanun “can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek” (md.1) amacıyla 29.06.2001 tarihinde kabul edilerek 13.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanunun amacı yukarda aktarılan birinci madde muhtevassından da anlaşılacağı gibi, inşaat yapanların sorumluluğundan ziyade yapılan inşaatın denetiminde görev alacak yapı denetim şirket ve elemanlarının sorumluluğunu ve denetimin usul ve esaslarını düzenlemektir.

4708 sayılı Kanunun tüm sistematiği de bu mantık üzerine kurularak; 2. maddesinde: *Yapı denetim kuruluşları ve görevleri*, 3. maddesinde: *Sorumluluklar ve yapılamayacak işler*, 4. maddesinde: *Yapı denetim komisyonları ve görevleri*, 5. maddesinde: *Yapı denetimi hizmet sözleşmeleri*, 6. maddesinde: *Yapı denetim kuruluşu ile mimar ve mühendislerinin yapı ile ilişkisinin kesilmesi*, 7. maddesinde: *Sicillerin tutulması ve yapılara sertifika verilmesi hususları düzenlenmiş müteakip maddelerde ise idari ve cezai yaptırımlara yer verilmiştir*. Bu sistematik içerisinde yapı müteahhidine münhasır bir madde veya hüküm yer almamaktadır.

Kanunun 9. maddesinde cezai yaptırımlara ilişkin düzenlemelere yer verilirken, genel sistematiğinde etkisi ile yüklemi yapı denetim kuruluşları olan bir düzenleme tarzı kullanılmıştır.

Madde içeriğinde görevin kötüye kullanılmasından bahsedilmekte olup, bu görevler yapı denetim kuruluşları ve onlarla irtibatlı kişilerin bu kanun çerçevesinde kendilerine yüklenen yükümlülükler eksensli faaliyetlerdir.

Tam bu noktada yapı müteahhidinin görevini kötüye kullanmasından kaynaklı eylemlerinin de Kanun muhtevassından anlaşılıyor olması gerekmesine rağmen, Kanunun hiçbir yerinde yapı müteahhidinin doğrudan kendisinden beklenen tanımlanmış bir görevinden bahsetmek mümkün değildir.

Yapı müteahhidinin fonksiyonuna uygun olarak işleyebileceği suçun maddi unsuru yapıyı ruhsat veya mevzuata uygun şekilde yapmamak şeklinde olabileceği düşünüldüğünde, bu hususlara ilişkin iki adet hüküm; Kanununun 2. maddesinin (c) bendinde “Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek” ve (g) bendinde “Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek” şeklinde yer aldığı görülmektedir.

Söz konusu düzenlemelerin açık bir şekilde muhatabı yapı denetim kuruluşlarıdır. Denetlemek ve bildirmek şeklindeki eylemlerin failinin yapı müteahhidi olması mümkün değildir.

Kanunun başka hiçbir yerinde müteahhitleri ilzam eden net bir düzenleme de bulunmamaktadır. Genel itibariyle yapım işlerinde müteahhidin pozisyonu bir sözleşme çerçevesinde kâr amacıyla yapım işinin yüklenici tarafını oluşturan ve akit kapsamında bir takım hak ve yükümlülükleri bulunan bir sūje olmaktan ibarettir.

Hiç şüphe yok ki müteahhidin yapım akdinden kaynaklanan yükümlülüklerine uymamasına cezai bir takım sonuçlar bağlanabilir. Bu işlem kanun koyucu tarafından Anayasada belirlenen ilkeler çerçevesinde yerine getirilmelidir. Bu noktada Anayasanın 38. maddesi bir eylemin suç olarak belirlenmesi sırasında bunun kanunla yapılması ve düzenlenen fiilin net bir şekilde tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Özellikle kişi hürriyetine doğrudan etkileri dikkate alındığında ceza hükmü içeren düzenlemelerin müphem olmaması vazgeçilmez bir gerekliliktir.

Kanunilik ilkesinin açık kaynaklardaki tarihi gelişimine bakıldığında; bu ilkenin geçmiş dönemlerde de çeşitli düzenlemelerde yer almasına rağmen, süreklilik kazanan uygulanmasının 18. yüzyılın sonlarından itibaren başladığı görülmektedir. 1789 Fransa İnsan ve Vatandaşlık Bildirgesinin 8. maddesinde açıkça kendisine yer verilmiştir. Feuerbach tarafından 1801 senesinde bugünkü anlamıyla formüle edildikten sonra 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanununda düzenlenmiştir. Bizde ise 1876, 1961 ve 1982 Anayasalarında açıkça kendisinden bahsedilmektedir. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayundan başlamak üzere 1926 yılında kabul edilen 765 ve 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarında da kendisine yer verilmiştir. Hukukumuz açısından kanunilik prensibinin köklü bir geçmişi olduğu aşikardır.

Kanunilik ilkesi sayesinde; suç ve cezaların belirli, bilinebilir ve öngörülebilir olması, geriye dönük aleyhe uygulama ve kıyas yasağı ile suç ve cezaların ihdasının idari tasarruflarla veya geleneklerle değil kanunla yapılması gerekliliği kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde de, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden her hangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması icap eden bu nitelikler hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletinde yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçırmasını gerekli kılar (AYM. E. 2015/41, K. 2017/98, 4/5/2017, Prg. 153-154).

Hâkim, hiçbir gerekçeyle kanunla belirlenenlerin haricinde yeni bir suç ihdas edemez, kişi aleyhine kanunda belirlenen cezaların dışında daha ağır bir cezaya hükmedemez. Aksinin kabulü, kimin hangi cezayı alacağını öngörülemediği keyfi ve kaotik bir ortama yol açar. Böyle bir ortamda da bireylerin hukuk güvenliğinden ve hukuk devletinden söz edilemez. Fransa'da devrim öncesinde yaşanan böyle keyfi bir döneme tepki olarak, devrim sonrasında hâkimlerin yasaları yorumlamalarına ağır kısıtlamalar getirilmek suretiyle adeta yasa sözcüleri konumuna indirilmişlerdir. Bu uygulama devrimden sonraki yüz yıllık süreçte katı bir şekilde devam ettirilmiştir. Aynı dönemin ruh halinin bir yansıması olarak bazı ülke ceza kanunlarında hakimlere takdir hakkı vermemek için cezalar alt üst had arasında değil sabit tekbir ceza olarak belirlenmiştir (1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu). Tepkilerin şiddetine bakıldığında önceki dönemde yaşanan kaosun ağırlığı hakkında net bir kanaat edinilmektedir.

İtiraza konu düzenlemede ise yapı müteahhidine izafe edilen eylemler net bir şekilde tanımlanmış değildir. Suç oluşturduğu söylenen eylemleri düzenlendiği söylenen 2.

maddesinin c ve g bentlerindeki yükümlölükler yapı denetim kuruluşlarının sorumlu oldukları faaliyetlerdir. Buradan hareketle yapı müteahhidinin cezai olarak sorumlu tutulması cezaların kanuniliğı ilkesiyle örtüşmemektedir.

Kanun metninde yer aldığı gibi, görevi kötüye kullanmak fiilinden bahsedebilmek için evveliyatla kanunen tanımlanmış bir mükellefiyetin varlığı gereklidir. İncelemeye konu düzenlemede yapı müteahhidinin yerine getirmemekten sorumlu olacağı bir yükümlölük tanımı yapılmamıştır. Bu haliyle müteahhidin buradaki sorumluluğı akitten kaynaklanan mükellefiyetlerinin ötesine geçmiş değildir.

4708 sayılı Kanunun 9/1. maddesinde düzenlenen suçtan dolayı müteahhidin sorumlu tutulması aslında onun daha ağır cezayı gerektirecek eylemlerinin gözardı edilmesi gibi bir sonucun doğmasına da yol açabilecek mahiyettedir. İnşaatı, yapı ruhsatı veya mevzuata göre yapmayan bir müteahhidin eylemi bir suç oluşturacak ise bu suç yapının inşasının bitmesi ile tamamlanmış olmalıdır. Yapı müteahhidinin 4708 sayılı Kanunun 9/1. maddedeki suçtan dolayı cezalandırılmasından sonra, aynı yerde yaşanabilecek ölümlü bir göçük olayında uygun illiyet bağı bulunması halinde taksirle ölümden sorumlu tutulması, aynı fiilin ikinci kez cezalandırılması gibi bir durumu ortaya çıkartacaktır. Eylemin daha önce cezalandırıldığından bahisle ikinci olaydan sorumluluk cihetine gidilmemesi halinde ise ilgili müteahhit lehine hakkaniyete uygun olmayan bir avantaj sağlanmış olacaktır.

Mevcut kanuni düzenleme müteahhidin eyleminin tamamlanmasına rağmen cezalandırılabilmesi için bu eylemin aynı zamanda “yeni iş almaktan men cezası almayı gerektirmesi” gibi ön şarta da bağı tutulmaktadır. Bu düzenleme, uygulamaya ilişkin belirsizliğı derinleştirmektedir. Zira yeni iş almaktan men cezasının uygulanmasına karşı açılacak bir iptal davasında ceza soruşturmasında takip edilecek yol konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

Ayrıca Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan cezanın tatbik edilmesi halinde kişilerin aynı eylemlerinin birden fazla cezalandırılma riski de bulunmaktadır. Zira Kanunun 8. maddesinin 10. fıkrasının (c) bendinde sayılan eylemi gerçekleştiren gerçek kişi laboratuvar işletmecisine idari para cezası verilmesi ön görölmektedir. Aynı eylemin üç yıl içerisinde üç kez işlenmesi durumunda yeni iş almaktan men cezası tertip edilecektir (Kanunun 8.md. 10.fr. (d) bendi). Keza aynı kişi Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrası gereğince yeni iş almayı gerektirecek nitelikte görevini kötüye kullandığından altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Sonuçta gerçek kişi laboratuvar işletmecisine üç ayrı müeyyide uygulanması ihtimali bulunmaktadır. Bu durum mevcut kanuni düzenlemenin diğer yönleri itibariyle de belirsizlikler içerdiğinin bir örneğidir.

Yukarda sayılan gerekçeler doğrultusunda belirgin ve öngörülebilir olmayan, kişilerin mükerreren cezalandırılması riskini tevlit eden 4708 sayılı Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasındaki “yapı müteahhidi” ibaresinin Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezaların kanuniliğı ilkesi ile 2. maddesinde yer alan hukuk devleti prensibine aykırı olduğu ve iptali gerektiğı düşüncesiyle çoğunluğun “Ret” yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir.