

!!
...

**I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN
GEREKÇESİ**

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 19.6.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

III. GEREKÇE

1) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 4857 Sayılı Kanunun 30 uncu Maddesinin Yedinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

4857 sayılı İş Kanununun 5763 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle değişik 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinde, bu maddeye aykırılık hallerinde yani bu madde hükümlerine aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekilinden 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezaların, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacağı belirtilmiş; iptali istenen kuralla da, tahsil edilen bu cezaların kullanımına ilişkin hususların, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümden anlaşılabacağı üzere, özörlöülerin ve eski hükömlöülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özörlöünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacak olan para cezalarının kullanımına ilişkin hususları karara bağlamak üzere oluşturulan komisyona, sakatlara (özörlöölere) hizmet amacıyla kurulan derneklerin üst kuruluşlarından olan Sakatlar Konfederasyonu'nun temsilcisi alınmış, fakat aynı amaca hizmet amacıyla kurulan Türkiye Körleri Federasyonu, Zihinsel Engelliler Federasyonu ve Fiziksel Engelliler Federasyonu'nun bir araya gelmesiyle oluşturulan Engelliler Konfederasyonu, bu komisyonun dışında bırakılmıştır.

Boyle bir dzenleme, 'Kanun onnde esitlik' ilkesine aykırıdır. Anayasanın 10 uncu maddesinde 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi dşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.' denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiğı üzere bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik olmayıp hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Özürliülerin, toplum hayatına katılımını kolaylaştıracak ve toplumsal fırsatlardan özürliü olmayan diğler bireyler gibi eşit faydalanmalarını sağlamak üzere kurulan ve özürliülere

bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, bakım, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri veren gönüllü bir toplumsal kuruluş olan derneklerin üst kuruluşları olan Sakatlar Konfederasyonu ile Engelliler Konfederasyonunun aynı hukuki durumda oldukları çok açıktır. Aynı hukuki durumda olan Konfederasyonlar arasında, özörlölere hizmet yönünden ayrıcalıklı bir durum yaratılması, kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaştırılamaz ve dolayısıyla Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı düşer.

Açıklanan nedenlerle, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesi ile 4447 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 6'nın Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen Geçici Madde 6 ile 2008 ' 2012 yıllarında İşsizlik Sigortası Fonu'nun nema gelirlerinin bir kısmının genel bütçeye aktarılması ve bu gelirlerin öncelikle Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındakiler olmak kaydıyla yatırım alanlarında kullanılması için ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkili kılınmaktadır.

İşsizlik Sigortası Fonu, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile kurulmuştur. 4447 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki 46 ncı maddesinin birinci fıkrasında 'İşsizlik sigortasının amacı; 'işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörölen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır.' şeklinde açıklanan bu Fon'un amacı, 5763 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesiyle 'İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörölen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır.' şeklinde değiştirilmiştir.

Böyle bir değişikliğin temelinde, İşsizlik Sigortası Fonu'nun, 'sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörölen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamak' olan gerçek amacı dışında kullanılmasının önünü açma düşüncesinin yattığı yadsınamaz.

4447 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinde İşsizlik Sigortası Fonunun gelirleri ve giderleri gösterilmiştir. Bu hükme göre;

' Fonun gelirleri; işsizlik sigortası primleri, bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratlar, fonun açık vermesi durumunda devletçe sağlanacak katkılardan, bu Kanun gereğince sigortalı ve işverenlerden alınacak ceza, gecikme zammı ve faizlerden, diğer gelir ve kazançlar ile bağışlardan,

' Fonun giderleri; sigortalı işsizlere verilen ödeneklerden, hastalık ve analık sigortası primlerinden, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi giderlerinden, işsizlik sigortası hizmetlerinin yerine getirilmesi için yönetim kurulunun onayı üzerine kurum tarafından yapılan giderler ile hizmet binası kiralınması, satın alınması, bilgisayar, bilgisayar yazılım ve donatım alım giderlerinden,

oluşmaktadır.

Görüldüğü üzere, işsizlik sigortası primlerinin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratların, yani, bu maddede konu edilen nemaların başta doğrudan sigortalı işsizlere verilen ödenekler için olmak üzere, fonun kanunda sayılan giderleri için harcanması gerekirken, iptali istenen kural ile; 2008 yılı için Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısmı, 2009 ' 2012 yıllarında Fon tarafından tahsil edilecek nema gelirlerinin dörtte biri bütçeye aktararak yatırımlar için kullanılmak istenmektedir.

Böyle bir düzenleme 4447 sayılı Kanun'un Fon giderlerini gösteren 53 üncü maddesine aykırı olduğu gibi yine aynı maddenin 'Bu fon bütçe kapsamı dışında olup, gelirlerinden hiç bir şekilde kesinti yapılamaz ve Genel Bütçeye gelir kaydedilemez' hükmü ile de bağdaşmamakta ve dolayısıyla İşsizlik Sigortası Fonu'nun amacına da ters düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi 02.02.1984 günlü, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verdiği 11.01.1985 gün ve E.1984/6, K.1985/1 sayılı kararında fonu belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için ayrılmış olan ve gerektiğinde kullanılmak üzere bir hesapta tutulan parayı ifade etmektedir. Daha teknik bir deyimle fon, genel mevzuat ve bütçe prosedürü dışında özelliği olan bazı devlet görevlerinin yürütülmesi ve gerçekleştirilmesi maksadıyla bütçeden veya bütçe dışı yasal imkânlarla temin olunan para ve kıymetleri olarak tanımlamış ve «Dış ticaretin düzenlenmesinin kalkınma plan ve programları çerçevesinde bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetlerden olduğu, 2976 sayılı Kanunun verdiği yetkiyle oluşturulacak fonun ise Kanunla konulmuş bir, özel usul niteliği taşıdığı kabul edilmelidir görüşünü benimsemiştir.

İşsizlik Sigortası Fonu da, 4447 sayılı Kanunla kurulmuş, işçi ücretlerinden her ay kesilen yüzde 1, işverenin yaptığı yüzde 2'lik katkı ve Devletin yüzde 1'lik katkısından oluşan ve işçilerin kendi iradeleri dışında işlerini kaybetmeleri durumunda, yeni iş bulana kadar geçecek süre içinde kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamak için yapılacak ödemelerin mali mevzuat ve bütçe prosedürü içerisinde yürütülmesinin yaratacağı sakıncalar dikkate alınarak bütçe dışı yasal imkânlarla temin olunan para ve kıymetleri içeren özel bir usuldür.

İptali istenen kural, İşsizlik Sigortası Fonu'nun Anayasa Mahkemesinin kararı çerçevesinde açıklanan bu niteliği ile bağdaşmadığından 'hukuk güvenliği' ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Demokratik bir toplumda yaşamının doğal bir sonucu olarak, çağdaş bir devletin olmazsa olmaz şartlarından biri olan hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla yaşama geçmesi gerekmektedir. 'Hukuk devleti ilkesi' nin zorunlu bir sonucu olarak, hukuk düzeninde istikrarın ve hukuk güvenliği sürekliliğinin sağlanması gereği yatmaktadır. Bu çerçevede, hukuk düzeninde istikrarın sağlanmasına engel olacak nitelikte düzenlemelerden kaçınılması ve Devletin kamu kudreti ayrıcalıklarından yararlanmasının sınırını da hukuk güvenliği` ilkesinin belirlemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, 2008 yılı içinde fon nema gelirlerinden bir kısmının genel bütçenin B işaretli cetveline gelir kaydedilmesi ve Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındakiler olmak kaydıyla yatırım alanlarında kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydedilmesi, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun özel gelirleri düzenleyen 39 uncu

maddesinin 'Özel gelirlerin ödenek kaydına, gelecek yıla devrine, iptaline ilişkin yetki ve işlemler merkezî yönetim bütçe kanununda gösterilir.' hükmüne ve yine anılan Yasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilen, 'belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi' ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, gerek 5018 sayılı Kanun'un ilke ve hükümlerine gerek 4447 sayılı Kanunun hükümlerine ters düşen, diğer bir anlatımla gerek aynı yasaya, gerek diğer bir yasaya zıt hüküm içeren söz konusu kural, bu nedenle de 'hukuk güvenliği' ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ankara Ticaret Odasının 'Sosyal Güvenlik ' Ekonomik Güvensizlik' raporuna göre, sosyal güvenlik sisteminin kamuya son 14 yılda getirdiği yükün, Hazine iç borçlanma faiziyle güncellenmiş değeri 715 milyar YTL'yi bulmaktadır.

Fon birikimi döneminde, biriktiren fonlar, bazı KİT'lerin finansmanı gibi verimsiz alanlara yönlendirilmesi nedeniyle 1990'lı yılların başından itibaren finansman açığı vermeye başlayan sosyal güvenlik sistemine 1994 ' 2006 yılları arasında bütçeden toplam 104,3 milyar YTL aktarılmıştır.

Sosyal güvenlik sisteminin finansman açıklarının bütçeden karşılanmaya başlanması, bütçe açıklarının artmasına yol açtığından bütçeden sosyal güvenlik sistemine yapılan transferler borçlanılarak gerçekleştirilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı hesaplamalara göre 1994 ' 2007 yılları arasındaki dönemde bütçeden sosyal güvenlik sistemine yapılan transferlerin Hazinesinin iç borçlanma faiz oranıyla güncellenmiş değeri 715 milyar YTL'lik bir büyüklük oluşturmaktadır.

Sosyal güvenlik sisteminin kamuya olan yükünün Hazine iç borçlanma faiz oranıyla güncellenmiş değeri olan 715 milyar YTL, Ağustos 2007 sonu itibariyle toplam 347,3 milyar YTL olan 'brüt kamu borç stokunun' 2 katı bir büyüklük göstermektedir.

Sosyal güvenlik sisteminin yaşadığı bu finansman sorunu, kamu finansmanı üzerinde yarattığı baskı dolayısıyla, başta enflasyon olmak üzere, diğer temel ekonomik göstergeleri olumsuz etkilemesi üzerine sosyal güvenlik reformu yapılması ihtiyacı doğmuş ve bu bağlamda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmış, bu Kanunun bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine de 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yasalaştırılmıştır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sosyal güvenlik sisteminin bugünkü sorunlu yapısının altında bu kuruluşların birikimlerinin geçmişte amaç dışı kullanılması yatmaktadır.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından açıklanan 2007 yılı işgücü istatistiklerine göre; Türkiye genelinde işsiz sayısı bir önceki yıla göre 38 bin kişi artarak, 2 milyon 333 bin kişiye yükselmiştir. İşsizlik oranı ise değişmeyerek yüzde 9.9 olmuştur. Yine TÜİK verilerine göre, 2007 yılında çalışma çağındaki nüfus, bir önceki yıla göre 730 bin kişi artarak 49 milyon 215 bin kişiye ulaşmıştır.

Bu verilerden de anlaşılacağı üzere, işsizlerin sayısı azalmamakta aksine her yıl giderek artmaktadır. Milyonlarca işsiz 2 ' 3 yıl gibi çok uzun zamandır iş bulamadığı bir ülkede, çok az sayıdaki işsize en fazla 10 ay gibi bir süreyle, çok düşük miktarlarda ödemeler yapılarak biriktirilen paranın iptali istenen kuralın öngördüğü şekilde kullanılmasının gelecekte çok büyük sorunlara yol açacağı kuşkusuzdur.

İşsizlik Sigortası Fonu'nun kuruluş amacına ve işlemlerine uyan yasal düzenlemelerin; Fon'un içini boşaltan değil, Fon'un belli bir büyüklüğe ulaşmasından ve sağlam temellere oturtulmasından sonra Fon'dan yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânını kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler olduğunda hiçbir duraksamaya yer yoktur. Zira, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren ve sosyal dışlayıcılığı engelleyen asgari bir sınırın varlığını göz önünde tutan devlettir. Sosyal Hukuk Devleti ilkesi içinde yer alan sosyal adalet, sosyal refah ve sosyal güvenlik kavramları tüm yurttaşları (işsizleri de) kapsar.

Kamuoyunda istihdam paketi olarak adlandırılan 5763 sayılı Yasa'nın 15 inci maddesi ile 4447 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 50'si yerine, net kazancının yüzde kırkı olarak belirlenmiştir. Bu suretle İşsizlik Fonu'ndan işsizlere yapılan işsizlik ödeneğinin hesabında asgari ücretin neti yerine brüt tutarının esas alınması öngörülmüş, ancak % 50 oranı da % 40'a indirilmiştir. Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren bir düzenleme olmaktan uzak olan bu düzenleme de, Fon kaynaklarının kuruluş amacına uygun olarak kullanılmasının önemini ve gerekliliğini göstermektedir.

GAP ve benzeri yatırımları yapmak devletin asli görevi olduğundan, devletin bu görevini asıl gelirleri olan vergi gelirleriyle yapması gerektiği çok açıktır.

İptali istenen kuralın ise, Fon kaynaklarının GAP kapsamındaki yatırımlar yanında, bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanında kullanılmasının önünü açarak Fon'dan yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânının kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler yapılmasının önünde en büyük engeli oluşturacağı gibi, yukarda etraflıca açıklandığı üzere sosyal güvenlik sisteminde yaşandığı şekilde Fon'un gelecekte finans sorunu yaşamasına neden olabileceği de yadsınamaz.

Öte yandan, iptali istenen Geçici Madde 6'nın (c) fıkrasının 'Bu madde kapsamında aktarılabacak kaynakla gerçekleştirilecek yatırımlardan elde edilecek getiriler ile varlık satışlarından elde edilecek gelirlerin Yüksek Planlama Kurulunca belirlenecek oranı, kullanılan kaynak tutarını aşmamak kaydıyla Fona aktarılır.' hükmü de, Fon'un gelecekte finansman sorunu yaşaması önleyecek bir düzenleme olmaktan uzaktır. Çünkü bu fıkra, kullanılacak Fon kaynağının ne zaman Fon'a geri aktarılacağı konusunda bir belirlemeye yer verilmediği gibi kullanılacak kaynak için 'faiz' ödenmesi de öngörülmemiştir. Böyle bir durumun, kullanılacak Fon kaynaklarının zaman içinde enflasyonla erimesine yol açacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle söz konusu kuralın, 'sosyal devlet' ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine, sosyal devletin asli görevlerinden olan vatandaşların sosyal güvenlik haklarını sağlama ödevini yerine getirmesine de engel oluşturduğu için de Anayasanın 60 ıncı maddesine aykırı düştüğü açıktır.

Diğer taraftan, sosyal güvenlik hakkını vurgulayan uluslararası sosyal politikanın en önemli belgelerinden biri 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da Bildirgenin 22 nci maddesinde yer alan 'Herkes,

toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir; sosyal güvenlik, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesine dayanır.' ilkesine atıfta bulunulmuştur.

Bildirgenin, tamamlayıcı olarak görülebilecek 25 inci maddesinde ise her insanın yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli toplumsal hizmetler de dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu; işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hallerde, güvenlik hakkına sahip olduğu vurgusuyla sosyal güvenlik hakkı, temel insan hakları arasında sayılmaktadır.

Bu nedenle, iptali istenen kural, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Geçici Madde 6'nın (a), (b) ve (c) fıkralarının iptali halinde son fıkrasının 'Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.' hükmünün de uygulama olanağı kalmayacağından bu kuralın da iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6, Anayasanın 2 nci, 60 ıncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 Sayılı Kanunun 29 uncu Maddesine Eklenen Son Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 'Yurtdışı Teşkilatı' başlıklı 29 uncu maddesine eklenen iptali istenen fıkra ile yukarıdaki fıkra da tanımlanan yurtdışı kadrolara atanabileceklerin yani yurtdışı sürekli göreve, yurt dışı işçi hizmetleri uzmanları, yurt dışında görevlendirmeye ilişkin mevzuat gereğince yapılan sınavlarda başarılı olup, yurt dışında en az üç yıl sürekli kadrolarda görev yaptıktan sonra Bakanlık ya da bağlı ve ilgili kuruluşları kadrolarında çalışanlar ile Bakanlık merkez teşkilatında genel müdür ya da daha üst görevlerde bulunanların ayrıca mesleki yeterlik sınavına tabi tutulmayacakları öngörülmüştür.

Yurtdışı teşkilatında sürekli bir göreve atanacak memurlar ile diğer kamu görevlilerinin seçimi, atanması, çalışma usul ve esasları ile disiplin ve sicil işlemleri,657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 189 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, Bakanlar Kurulu'nun 28.07.2006 tarih ve 2006/11534 sayılı kararıyla yürürlüğe konulan 'Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik' (R.G. 13.01.2007, Sa. 26402) hükümlerine göre yapılmaktadır.

Bu Yönetmeliğin 'Mesleki yeterlik sınavı' başlıklı 10 uncu maddesinde,

'(1) Yabancı dil bilgisine sahip olan adaylar meslekî yeterlilik sınavına tabi tutulur. Meslekî yeterlilik sınavı sözlü sınav şeklinde yapılır. Sınavda, adayların sınav konuları ile birlikte atanacakları görevin gerektirdiği niteliklere ve temsil yeteneğine sahip olup olmadıkları da göz önüne alınarak komisyon üyelerince her adaya ayrı ayrı not verilir. Komisyon üyelerince

verilen notların aritmetik ortalaması sınav sonucunu gösterir. Bu husus tutanakla tespit edilir. Sınavda başarılı sayılabilmek için ortalamanın en az yetmiş puan olması gerekir.

(2) Kurumlarında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlere atanmış olanlar, bu görevlerde toplam iki yıl çalışmış olmaları şartı ile meslekî yeterlilik sınavına tabi tutulmaz. Genel müdür ve eşdeğer görevlerin belirlenmesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek göstergeye ilişkin hükümleri esas alınır'

hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde toplam iki yıl çalışmış olanlar yeterlik sınavından muaf tutulmuştur.

İptali istenen kural ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanların, iki yıl çalışma şartı aranmaksızın yeterlik sınavına tabi tutulmayacakları öngörülmüştür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanlar ile diğer bakanlıklarda Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanların yurtdışı görevlere atanma konusunda aynı hukuki durumda bulundukları açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'kanun önünde eşitlik ilkesi', herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlar ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Diğer taraftan yurtdışı görevler, uluslararası ilişkiler kapsamında yerine getirilecek görevler olması nedeniyle özel bir uzmanlık gerektirdiği açıktır. Bunun içindir ki, yurtdışı teşkilatında sürekli bir göreve atanacak memurlar ile diğer kamu görevlilerinin seçimi, atanması, çalışma usul ve esasları 'Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik' ile özel olarak düzenlenmiş ve bu görevlere atanacakların lisan bilgileri dışında yeterlik sınavına tabi tutulmaları öngörülmüştür. İptali istenen kural, yurtdışı işçi hizmetleri kalitesinin düşmesi yolunu açacağından 'kamu yararı' ilkesiyle de bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine ters düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra, genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

5763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6; 'sosyal devlet' ve 'hukuk güvenliği' ilkeleriyle bağdaşmayan ve işsizler için sosyal güvenliği temel insan hakkı olmaktan çıkaran bir düzenleme olduğundan, uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağına duraksama bulunmamaktadır.

5763 Kanunun 32 nci maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra da, Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden 'kanun önünde eşitlik' ilkesini zedelediği gibi uzmanlık gerektirdiği kuşkusuz olan yurt dışı görevlere yeterli niteliğe sahip olmayan kamu görevlilerinin atanması yolunu açacağından uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı kuşkusuzdur.

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

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hükümler hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1) 2 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan,

2) 19 uncu maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6, Anayasanın 2 nci, 60 ıncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

3) 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra, genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."