

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

1) ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN : Anayasanın 2. maddesinde 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.' hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken ki takdiri sınırsız ve keyfî olmayıp, hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Hukuk Devleti ilkesinin unsurları doktrinde belirlenmiş olup bunlardan konuyla ilgili olan ve en bilinen ikisi 'Kuvvetler Ayrılığı' ve 'Hakim bağımsızlığı' ilkesidir.

A- KUVVETLER AYRILIĞI İLKESİ YÖNÜNDEN

Kuvvetler ayrılığı ilkesi; devlet niteliğini kazanmış her siyasal toplumda birbirinden farklı üç görevi olduğu bu görevlerden her birini yerine getiren bir güç bulunduğunu ve bunların birbirleri karşısında oldukça bağımsız bir statüye sahip oldukları esasına dayanır. Bunlar, yasama, yürütme ve yargı güçleridir. Yasama ile toplum yaşamını düzenleyen kuralların, başka bir deyişle yasaların çıkarılması, yürütme ile yasaların uygulanması, yargı ile de uygulamada doğan uyuşmazlıkların giderilmesi sağlanır. Bu kavram her üç gücün ayrı organlara verilmesini ve organların olduğunca birbirinden bağımsız olmasını öngörür. Yetkilerin kötüye kullanılmasının önlenmesi için, devletin üç ayrı görevini, üç ayrı güce vermek ve güçlerin birbirini dengelemesini sağlamak gerekir. Nitekim 1982 Anayasası, başlangıç kısmında Kuvvetler ayrımına yer vermiştir. Anayasa, 'kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununda sınırlı, medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğu' anlamına geldiğini belirtmiştir. (Prof. Dr. Şeref Gözübüyük Anayasa Hukuku- 12-Bası-Ankara-2003-75-76)

Bu açıklamalara göre, Anayasamızın öngördüğü kuvvetler ayrılığı ilkesi üç kuvvetin kesin olarak birbirinden ayrı olmasını zorunlu kılmaktadır. Oysa 5018 sayılı Yasa uyarınca, her idari birimde olduğu gibi, Bölge İdare Mahkemeleri ve Adliyelerin idari işlemleri yönünden de, 'harcama yetkilisi' birimi oluşturulmuş olup bu birimin yetkilisi (sorumlusu) Bölge İdare Mahkemesi Başkanı ve Başsavcıdır.

Hal böyle olunca; asıl görevi yargıçlık olan Bölge İdare Mahkemesi başkanı harcama yetkilisi sıfatıyla yoğun ve riskli bir sorumluluğu da üstlenmiş olmaktadır. Harcama yetkilisi sıfatıyla; kurumu mensuplarının her türü parasal taleplerinin tahakkukunu onaylamaktadır. 5018 sayılı Yasadan önce de bu yetki ve sorumluluk 'ita amiri' sıfatıyla var idi. Ancak, eski dönemde ita amirinin onayladığı harcama evrakı defterdarlığa gidiyor ve muhasebe müdürlüğünün oluruyla harcama yapılıyor veya yapılmıyordu. Dolayısıyla, Bütçe kanunu, Bütçe Uygulama Talimatı, bütçe politikaları ve ilkelerini takip eden uzman kurumu tek yetkili

ve sorumlu idi. Ödeme yapılmaması- yanlış veya eksik ödeme yapılması hallerinde (yolluklarda- tedavi giderlerinde olduğu gibi) Maliye idaresine karşı dava açılabilirdi. Oysa bu ihtilafta olduğu gibi, 5018 sayılı Yasadan sonra (1.1.2006 dan itibaren) bütün yetki ve sorumluluk 'harcama yetkilisi'ne (BİM Başkanına) verilmiş olup, parasal haklarda açılacak davalarda hasım (davalı) konumuna gelmiş bulunmaktadır.

Nitekim bakılan davada, davacının tedavi gideri, harcama yetkilisi sıfatıyla Bölge İdare Mahkemesi Başkanı tarafından imzalandığı için davalı (hasım) olması gerekmektedir. Çünkü gerek 31 ve 32. madde gerek 61. madde uyarınca; harcama, harcama yetkilisi onayıyla gerçekleşmekte olup muhasebe müdürlüğünün yetki ve sorumluluğu şekli denetimden ibarettir. Bu nedenle artık bu tür davalarda Maliye birimleri davalı (hasım) olmayacaklardır. İşte tam bu noktada, Bölge İdare Mahkemeleri yönünden Anayasaya aykırılık sorunu başlamaktadır. Çünkü Bölge İdare Mahkemesi Başkanları asli görevi yargıçlık olan üstelik de idari ihtilaflarda itiraz merci (istinaf mahkemesi) görev ve yetkisi olan kişilerdir. Nitekim, en yaygın ve yoğun bakılan konuların başında da memurların parasal hakları ile ilgili (yolluk- tedavi gideri- fazla çalışma vb.) ihtilaflar gelmektedir. Gerek mahkememizde gerek diğer Bölge İdare Mahkemelerinde bu konuda idareye aleyhine verilen çokça karar bulunmaktadır. Nitekim bakılan davada olduğu gibi Malatya da yılda 300 dolayında dış tedavi gideri sebebiyle dava açılmaktadır. Bu davalarda Maliye idaresi (2006 öncesi) Bütçe Uygulama talimatını sebep göstererek ödeme yapmamakta ve yerel mahkeme de davayı reddetmekte idi. Bölge İdare Mahkemesi'nin içtihat niteliğinde verdiği kararlarda bu işlemler iptal edilmekte olup, bu kararlarda imzası bulunan Bölge İdare Mahkemesi Başkanı aynı zamanda harcama yetkilisidir. (karar örneği ektedir.) Bu durumda 5018 sayılı Yasa sebebiyle, Bölge İdare Mahkemesi Başkanı yönünden bir çelişki meydana gelmektedir. Çünkü, Bölge İdare Mahkemesi Başkanı hukukçu-yargıç sıfatıyla, Bütçe Uygulama Talimatı, Bütçe politikaları ve bütçe uygulamalarını hukuka aykırı bulmakta, ' ödeme yapılmalı' demekte ancak aynı konuda kendi personeli söz konusu olunca 'harcama yetkilisi' sıfatı ile 'ödeme yapılmasın ' demek zorundadır. Çünkü 5018 sayılı Yasanın 31-32. ve 61. maddeleri uyarınca, 'bütçe politikalarına" aykırı ödemelerden sorumlu olup zimmet ve iki maaş katı ceza tehdidi altındadır. Bu durumda, Bölge İdare Mahkemesi Başkanı, asıl görevi olan hukukçuluk ve yargıçlıktan fazla, mali mevzuatı, emirleri takip edip, onlara ters düşmemek ve Maliyeci kaygısıyla hareket edecektir. Oysa aynı ihtilaflarda yargıç kimliğiyle hareket edince, ödememe işleminin hukuka aykırı olduğunu bilmektedir. Bu durumda; Bölge İdare Mahkemesi Başkanı, ya hukukçu kimliğiyle hareket edip zimmet ve ceza riskini göze alacak ya da, maliyeci kimliğiyle hareket ederek hukuki inancının aksine uygulama ve kararlara imza atacaktır.

Bölge İdare Mahkemesi Başkanı hangi seçeneği seçerse seçsin, kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal etmiş olacaktır.

B- HAKİM BAĞIMSIZLIĞI İLKESİ YÖNÜNDEN :

Yukarıda açıklanan fiili durum, bu ilke yönünden de aynı çelişkiyi doğurmaktadır. Çünkü Bölge İdare Mahkemesi Başkanının asli görevi yargıçlıktır. Üstelik, istinaf mahkemesi kanununda görev yapan ve bölgesindeki yerel mahkemeler yönünden uyulması zorunlu ve kesin nitelikte kararlar vermekte, içtihatlar oluşturmakta olan bir mahkemeye başkanlık etmektedir. Ancak 'harcama yetkilisi' sıfat ve sorumluluğu, Bölge İdare Mahkemesi başkanı için; Maliyenin sadece mevzuatını değil, günlük emir ve politikalarını da takip etmek, ona uygun işlemler tesis etmek zorunda bırakılmaktadır. Çünkü aksi takdirde zimmet ve ceza tehdidi altındadır. Gerek zimmet ve ceza tehdidi ile gerekse hukuk kamuoyunda iki ayrı-zıt uygulama ve kararda imzası olmamak adına zamanla hukuki inancı dışında kararlar vermek durumunda kalacaktır. Bu

sebeple, asli görevi yargıçlık olan Bölge İdare Mahkemesi Başkanının, harcama yetkilisi görev ve sorumluluğu, hakim bağımsızlığı ilkesini tehdit eder bir unsur halini almıştır. Mahkememizden örnek vermek gerekirse; dış tedavileri konusunda Malatya Bölge İdare Mahkemesi başkanın da imzası olan kararlar doğrultusunda, Maliye idaresi işlemleri bu güne kadar hep iptal edilmiştir. 5018 sayılı Yasadan sonra aynı Bölge İdare Mahkemesi başkanı bakılan davada olduğu gibi harcama yetkilisi sıfatıyla, Maliye vesayeti altında ödeme yapılmaması yönünde işlem tesis etmiştir. Çünkü yargıç sıfatıyla tespit ettiği sonuç gibi işlem tesis ederse; 'bütçe politikaları dışına çıktığı için' zimmet ve ceza ile karşılaşacaktır. Bu çelişkili durum, zamanla, bağımsız hakim gibi düşünme haline de etki edebilecek niteliktedir. Bu sebeple anılan hükümler, hakim bağımsızlığı ilkesine de aykırıdır. Bunun önlenmesi için 5018 sayılı Yasanın 31-32 ve 61. maddesinde düzenlenen ve harcama yetkilisini tek yetkili ve sorumlu hale getiren hükümlerin kaldırılarak, 5018 öncesinde olduğu gibi, harcama yetkililerinin hazırladığı tahakkuk evrakı, maliye idaresinin (ki, esas faaliyet maliyenin faaliyetidir.) oluruyla geçerlik kazanmalı ve ödenme veya ödenmeme halinde muhatap ve sorumlu maliye idaresi olmalı. Kaldı ki bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, olduğu gibi, yürütme içindeki görev ve yetki dağılımına da uygun olur. Çünkü, yapılan görev aslında maliye idaresinin asli görevi olup değişik kurumlar bu görevi yasa gereği 'emaneten' maliye adına yapmaktadır. Dolayısıyla asli görevi farklı olan (yargı, eğitim, sağlık, emniyet vb.) birimlerin Maliye politikalarını ve emirlerini günlük takip etme ve sağlıklı bilmeleri beklenemez. Bu sebeple, işlemi olumlu veya olumsuz en son tekemmül ettiren birim, işin esas sahibi olan maliye idaresi olmalıdır.

2- ANAYASANIN 138. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 138. maddesinin ilk iki fıkrasında 'Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz' hükmüne yer verilmektedir.

Yukarıda açıklanan fiili durumu ve 5018 sayılı Yasanın 31-32 ve 61. maddelerin sebep olduğu sonuçlar Anayasanın belirtilen hükmüyle de çelişmektedir. Çünkü, Bölge İdare Mahkemesi başkanları ve başsavcılar yönünden, harcama yetkilisi sıfatları gereği, Maliye idaresinin emir-talimat ve telkinleri bağlayıcılık arz etmektedir. 61. madde gereği muhasebe biriminin yetki ve sorumluluğu, şekli olup, zimmet ve ceza sorumluluğu harcama yetkisinde olduğundan maliye idaresinin emir ve talimatları, uyulması zorunlu hal almaktadır. Bölge İdare Mahkemesi Başkanları yönünden konunun vahim tarafı ise; bu uygulamalar çoğu zaman idari yargıdaki ihtilafların önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bu durumda Bölge İdare Mahkemesi başkanları ya, iki kimlikli hareket edip, harcama yetkilisi olarak Maliye idaresi gibi 'ödenmesin' diyecek, yargıç sıfatıyla hareket edince de 'ödenmeli' diye kararlar verecek, ya da, bu kimliklerden birisi diğerine etki edecektir. Ceza ve zimmet tehdidi sebebiyle de idareci kimliğinin yargıç kimliğine etki etme olasılığı hiçte zayıf bir olasılık değildir.

Bu sebeple de; idari işleyiş için de doğal olan emir-telkin ve talimatlar, Bölge İdare Mahkemesi Başkanları için, Anayasanın 138. maddesi bağlamında bir emir talimat ve telkin halini almaktadır.

3- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ:

A) Bütün yetki ve sorumluluğu harcama yetkililerine veren, işin esas sahibi muhasebe birimini sorumluluktan kurtaran bu maddelerin yürürlüğü; kısa sürede her parasal hakkın dava

yoluyla alınması ve idari yargının iş yükünün ve devletin dava masraflarının gereksiz yere artmasına yol açacaktır. Çünkü, tüm birimlerin harcama yetkilileri, maliye ve bütçe politikalarını bilmediklerinden, ayrıca ceza ve zimmet tehdidi olduğundan her harcamada 'ödenmemesi' yolunda karar verip 'yargı yoluyla alırsa sorumluluktan kurtulurum' anlayışı yaygınlaşacaktır. Bu da, en küçüğünden en büyüğüne kadar her parasal hakkın dava yoluyla alınması yolunu açacaktır. Oysa yetki ve sorumluluk muhasebe biriminde olursa maliye politikalarını iyi bilecekleri için çok net olan konularda 'ödenmesin' denilmeyeceğinden, her talep idari davaya dönüşmeyecektir.

B) 5018 sayılı Yasanın yürürlüğünden bu yana Bölge İdare Mahkemesi başkanları yönünden çokça çelişkili ve hakimlik sıfatını zedeleyen uygulamalar yapılmaktadır. En bariz örneği bu davada olduğu gibi aynı kişi, hakim sıfatıyla 'ödenmeli' derken harcama yetkilisi sıfatıyla 'ödenmesin' demektedir. Bu durum da, katlanarak devam etmekte ve hakim bağımsızlığını tehdit etmektedir.

Bu sebeple anılan yasa hükümlerinin yürürlüğü halinde, Bölge İdare Mahkemesi Başkanları yönünden ve anılan idari ihtilaflar sebebiyle telafisi güç zararlar doğabilecektir.

Açıklanan nedenlerle, belirtilen yasa hükümleri yönünden yürürlüğü durdurma kararı verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ : Dava, davacının, dış tedavi giderinin, bütçe politikaları gereği ödenmeyen kısmının ödenmesi talebiyle açılmış olup, yerel mahkemece kabul edilen davada, davalı idarece yapılan itiraz üzerine dosya mahkememize intikal etmiştir.

Davalı idare gerek savunmasında gerek itiraz dilekçesinde, kendisinin değil Bölge İdare Mahkemesi Başkanlığının hasım olması gerektiğini ileri sürmektedir.

5018 sayılı Yasanın 31-32 ve 61. maddeleri gereği bu savunma doğru olup, kararın husumet yönünden bozulması gerekmektedir. Ancak bu aşamada yukarıda anılan sebeplerle bu hükümlerin Anayasaya aykırılığı tespit edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 5018 sayılı Yasanın 31. maddesinin 1. fıkrası ile 32. maddenin 2. fıkrasının ve 61. maddesinin 'muhasebe yetkilileri ödeme aşamasında...' diye başlayan 3. fıkrasının Anayasanın 2 ve 138. maddelerine aykırı olduğuna ve iptali için Anayasa Mahkemesine gidilmesine, maddelerin yürürlüğü halinde telafisi güç ve imkansız zararlar doğacağından yürürlüğün durdurulmasının talep edilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, işbu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülmesine 05.07.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi."