

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Davacı vekili tarafından, zabıt kâtipliği uygulama sınavında bir adaya yardımcı olduğu gerekçesiyle Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memuriyetinden çıkarma cezası ile tecziye edilmesine dair Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali ile işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle Adalet Bakanlığına karşı açılan davada, davada uygulanması gerekli kural olan Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varıldığından işin gereği görüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş; 152'nci maddesinde de, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 152'nci maddesi hükmüne göre, bir davaya bakmakta olan mahkemenin itiraz yoluyla bir kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, iptali istenen kuralın davada uygulanacak nitelikte bir kural olması gerekir. Davacının Devlet memuriyetinden çıkarma cezası almasına sebep olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinin, bakılan davada uygulanacak bir kural niteliğinde olduğu açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara İdarî Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığınca 17/05/2008 tarihinde uygulamalı yapılan zabıt kâtipliği alım sınavında bir adaya ait uygulama sınav metnini önceden hazırlayarak yazıcıya gönderdiği ve bu suretle bir adaya yardımcı olduğu, disiplin soruşturması ve teknik raporla saptanan davacının, Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memuriyetinden çıkarma disiplin cezası ile tecziye edilmesi üzerine 05/12/2012 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin; 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 Devleti olduğu belirtilmiş; 13'üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmış; 38'inci maddesinde, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç

saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkranın uygulanacağı, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı ifade edilmiş; 49'uncu maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu vurgulanmış; 70'inci maddesinde, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hüküm altına alınmış; 128'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında hukuk devleti, “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Söz konusu tanıma göre; idarenin etkin bir şekilde yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olup; hukuk devleti ilkesini benimseyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125'inci maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

Yukarıda aktarılan Anayasa hükümlerinin, hukuk devleti ilkesi ile birlikte değerlendirilmesinden; temel hak ve hürriyetlerinden birisi olan kamu hizmetine girme hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilmesi, keza bu hakkı sınırlandıran özelliklere sahip disiplin cezaları ile memur ve diğer kamu görevlilerinin yükümlülükleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan; hukuk devletinin, öğretisi ve uygulamada iki unsurundan daha bahsedilmekte; bu unsurlardan birinin “idari faaliyetlerin belirliliği (düzenli idare, idari istikrar) ilkesi”, diğerinin ise “hukukî güvenlik ilkesi” olduğu kabul edilmektedir. Düzenli idare ilkesiyle, idarenin faaliyetlerinin belli ölçüde tayin edilebilir ve önceden öngörülebilir olması, idarenin sürekli uygulamaları ile hukukî istikrarı tesis etmesi gereği anlatılmaktadır. “Bir hukuk devletinde bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilmesi ve kendi davranışlarını ona göre ayarlayabilme imkânına sahip olması” şeklinde özetlenebilecek hukukî güvenlik ilkesi de, hukuk devletinin gereklerinden biri olarak kabul edilmekte ve kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin hukuka uygunluğunun tespiti kapsamında Anayasa Mahkemesi içtihatlarında uygulanmaktadır.

İdari istikrar ve hukukî güvenlik ilkesinin bir sonucu olarak; temel hak ve hürriyetlerden birisi olan kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırılması niteliğinde olan Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bir eylemin kanunla konulduğunun kabul edilebilmesi için, bu cezayı gerektiren eylemin somut ve belirli unsurlarının (idarenin keyfi davranışına elvermeyecek ölçüde) kanunla saptanması gerekmektedir. Elbette ki, hangi eylemlerin söz konusu disiplin cezasını gerektirdiği hususunda önceden öngörülmesi mümkün bulunmayan tüm davranışların kanunla tam olarak belirlenmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durum öncelikle, kanunların soyut ve genel nitelikte olması özelliğine ters düşer. Ancak; kanun koyucunun her halükârda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yol açan eylemi, en azından nesnel ve âdil bir uygulamaya zemin hazırlayacak şekilde ve öngörülebilir bir formda düzenlemesi elzemdır. Aksi durum, idari ve kazaî merciler arasında farklı uygulamalara sebebiyet verecek, bu yüzden de hukuk devleti ilkesi zedelenecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinde, “Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak”, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâller arasında sayılmış, ancak hangi hareketlerin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olduğu hususunda herhangi bir somut ve belirli unsur ya da benzer davranışlar listesine yer vermemiştir. Bu yüzden, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecedeki hareketlerin saptanması idareye ve idarî yargı organlarına bırakılmıştır.

Ancak; söz konusu maddenin bu düzenleniş biçimiyle, Devlet memurluğunun sonlandırılması ve bir daha memurluğa alınmama gibi ciddi sonuçları olan bir konuda, uygulamada idarî ve kazaî merciler arasında farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet verecek bir içeriğe sahip olduğu açıktır.

Nitekim; dava konusu olayda da, davacının, Zabıt Kâtipliği Uygulama Sınavında teknik yöntemlerden yararlanarak bir adaya yardımcı olması şeklindeki eylem, soruşturmacı tarafından (ve Mardin İdare Mahkemesinin çoğunluk kararına muhalefet şerhinde) Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-1 maddesi kapsamında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren, “kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak”; Disiplin Kurulu ile Yüksek Disiplin Kurullarınca (ve Mardin İdare Mahkemesinin çoğunluk kararı ile Danıştay Onikinci Dairesinin onama kararında) aynı Kanun'un 125/E-g maddesi kapsamında Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren, “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” olarak yorumlanıp değerlendirilmiştir.

Oysa pekâlâ; Devlet memurluğuna alınma koşullarını düzenleyen aynı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer verilen “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.” hükmü ile özellikle söz konusu maddenin mülga şeklinde yer alan “Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veyahut 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak.” hükmünde olduğu gibi, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecedeki hareketlerin neler olabileceği hususunda fikir veren benzer davranışlar listesine yer verilebilirdi ki, şüphesiz bu şekilde yapılacak bir yasal düzenlemenin; yukarıda belirtilen ve hukuk devleti (belirlilik ve hukukî güvenlik) ilkesini zedeleyen uygulamaları ortadan kaldıracığı veya en azından etkin bir yargısal denetime zemin hazırlayarak bu gibi durumları en aza indirebileceği düşünülmektedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi, mevcut düzenleniş biçimiyle asıl olarak yukarıda aktarılan hukuk devleti ilkesine, özel olarak da cezaların kanuniliği ilkesine, kamu hizmetine girme hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilmesi kuralına ve memurların yükümlülük ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa hükmüne aykırıdır.

Nitekim; 05/11/2008 gün ve 27045 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 17/04/2008 gün ve E: 2005/5, K: 2008/93 sayılı kararı ile, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42'nci maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün, yukarıda aktarılan benzer gerekçelerle Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline hükmedilmiştir.

Keza daha benzer bir konuda; 13/08/2013 gün ve 28734 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 28/02/2013 gün ve E: 2012/116, K: 2013/32 sayılı kararı ile, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer verilen "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" hükmünün, yine yukarıda aktarılan benzer gerekçelerle Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline hükmedilmiştir.

Bu durumda; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinde (md. 125/E-g) yer verilen "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmünün Anayasa'nın 2, 13, 38, 49, 70 ve 128'inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, anılan Kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca bakılmakta olan davada uygulanacak olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinde (md. 125/E-g) yer verilen "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmünün Anayasa'nın 2, 13, 38, 49, 70 ve 128'inci maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle, anılan Kanun hükmünün iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- Anayasa Mahkemesinin konu hakkında vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, beş ay içinde bir karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

3- İşbu kararın birer örneğinin taraflara tebliğine,

4- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40'nci maddesi uyarınca işbu kararın aslı ile birlikte işbu karara ilişkin görüşme tutanağının, dava dilekçesinin ve dosya içindeki diğer tüm evrakların onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

31/7/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."