

"...

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1) 6552 Sayılı Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin;

a) Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hiçbir tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta kurallaştırılmış; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da bu Anayasal kural çerçevesinde düzenlenmiştir.

Nitekim 657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasal kuralın uzantısı olarak, "Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." denilmiştir.

Ancak, 1980'lerle başlayan ekonominin kuralsızlaştırılması ve kamu hizmetlerinin piyasalaştırılması sürecine, kamu hizmeti üretme süreçlerinin de eklenmesiyle, kamu hizmetlerine ilişkin Anayasal kurallar çiğnenmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, 657 sayılı Kanunun "Tesis edilen sınıflar" başlıklı 36 nci maddesinin "VIII Yardımcı Hizmetler Sınıfı" bölümüne 28.3.1988 tarihli ve 318 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür." hükmü; "III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri" bölümüne ise 10.7.2003 tarihli ve 4924 tarihli Kanunun 11. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." hükmü eklenerek, kamu hizmeti üretim sürecindeki piyasalaştırma, temizlik hizmetlerinden başlamış, devamında ise hastane hizmetlerinin taşeronlaştırılmasına uzanmıştır. Devamında yapılan düzenlemelerle Yardımcı Hizmetler sınıfının görev alanına giren tüm hizmetler piyasalaştırılmanın yanında; 5393 sayılı Belediye Kanununun 67. maddesindeki "Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili

hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir.” düzenlemesiyle, (aynı kurallar 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 50. maddesinde de yer almaktadır) taşeronlaştırma belediyelerin zabıta hizmetlerinden itfaiye hizmetlerine kadar uzanmıştır.

Yürürlükte olan mevzuata göre, Yardımcı Hizmetler Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetler; Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken tedavi hizmetleri; belediye ve il özel idarelerinin diğerleri yanında kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri, sağlıkla ilgili destek hizmetleri, sosyal tesislerin işletilmesi vb. hizmetler ihale ile özel sektör firmalarınca yürütülüyorken; iptali istenen kuralla öngörülen yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin bunları aşan bir mahiyette oldukları ve kamu idarelerinin farklı asli görevleri dikkate alındığında kamu idarelerinin bütünlüğünde tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanlarını ve hizmet birimlerini kapsayacağı açıktır.

Anayasanın 128. maddesindeki kurallaştırmada öncelik kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiştir. Başka bir anlatımla günümüzün modern devletlerinde tek bir birey veya grupların ya da sosyal katmanların değil, Devletin egemenliği altında bulunan herkesin güvenliği ile refahını ilgilendiren müşterek/ortak işler ya da meseleler, bu anlamda “kamu görevi/hizmeti” olarak nitelendirilen görevler/hizmetler vardır. Devletin varlık nedeni ve meşruiyet kaynağı olan ve toplumun tamamını ilgilendiren bu görev ve hizmetleri, tek tek kişilere ait işlerden veya bireyler arası ilişkilerden farklı ve üstün konumda gören Anayasa koyucu, bunların görülmesini piyasa koşulları ve sözleşme ilişkilerinden ayırarak bu hizmetlerin, nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenen memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini öngörmüştür.

Kaldı ki herkesi ilgilendiren kamu görevlerini, kişileri ilgilendiren özel işlerden farklı ve üstün konumda görme, Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatar. Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu “genel irade”; yürütme gücü açısından ise “genel çıkar”lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzlem ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzlem, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failer olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir. Tarihsel olarak Roma Cumhuriyetinde kamu görevi/hizmeti olarak nitelendirilen ortak işleri görmek üzere tayin edilen kişilere “magistratus” deniyordu ve bunlar kamusal otoriteyle yani halkın bütününi ilgilendiren meseleleri kapsayan bir otoriteyle donanmış bulunuyordu.

Cumhuriyet rejiminin kuramsal tanımı ile siyasal içerim ve içeriğinde bir değişiklik olmadığı ve Anayasanın 1. maddesindeki Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu kabulü ile 128. maddesindeki kamu görevi ve görevlilerine ilişkin açık kurallar değişmeyerek varlığını koruduğu halde, neo-liberalizmin hegomanik bir ideoloji haline gelmesinin etkisiyle siyasal rejime ilişkin Anayasal kuralların ideolojik bir yoruma tabi tutularak, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde

personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılmasını öngören ve böylece tüm toplumu ilgilendiren ortak işlerin/kamu görevlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu görevlileri yerine, ihale ile piyasa koşulları ve özel hukuk sözleşme ilişkileri temelinde taşeron işçilerine görülmesine olanak sağlayan düzenleme, Anayasanın 128. maddelerine açık ve tartışmasız bir şekilde aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 128. maddesine göre kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görececek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Kanunun “İstihdam şekilleri” başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş; (A) bendinde memur, “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.” şeklinde tanımlanmış; (B) bendinde ise kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşmeli personel çalıştırılması öngörülmüştür.

Oysa iptali istenen düzenlemede, personelin hem yeterli sayıda olmaması, hem de yeterli nitelikte olmaması hâllerinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, kamu idarelerinin (Yardımcı Hizmetler Sınıfı ile Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı yanında farklı asli görevleri bağlamında tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanları ve hizmet birimlerini kapsayan) yardımcı işlere ilişkin hizmetleri için personel alımı ihalesine çıkılabilecek; ancak ihaleye çıkabilmek için yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek yeterli sayı ve nitelikte personel olmayacaktır.

Yeterli sayı bir kadro sorundur ve kamu idarelerinin norm kadrolarının hazırlanması yasal bir zorunluluk ve yasal zorunluluğun gereği olarak da hazırlanmışken; yetersizliğinden söz edilerek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek personel sayısının yetersizliğinin ihale nedeni sayılmasının hukuksal geçerliliği olamaz. Çünkü bu durum ancak yasakoyucunun kamu idarelerine norm kadronun gerektirdiği kadroları tahsis etmemesi ya da tahsis etmesine rağmen kamu idarelerinin tahsis edilen boş kadrolara mevzuatın öngördüğü şekilde atama yapmaması nedeniyle gerçekleşebilir ki bu durum yani yürütme organı ile idarenin eylemsizliğini eylemlerine gerekçe yapması kendi içinde bir totolojidir ve bu totoloji eylemlerinden sorumsuz yürütme ve idare yaratmaktadır.

Öte yandan, yasa koyucu kamu idarelerinin yardımcı işlerine ilişkin hizmetlerde yeterli sayı yanında yeterli nitelik yani özel bir meslek bilgisi veya uzmanlık da aramaktadır.

Niteliğe ilişkin özel meslek bilgisi veya uzmanlık gerektiren işlerin sözleşmeli personel eliyle görülmesi gerekeceği bir yana bu düzenlemelerde açık bir çelişki ve belirsizlik vardır.

Önce belirsizliği ortaya koymaya çalışalım ve Anayasa Mahkemesi örneğinden yola bakalım:

Anayasa Mahkemesinin, devletin idari değil, yargı fonksiyonunu yerine getiren yargı organı olduğu ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kapsamında olmadığı ileri sürülebilirse de mahkemelerin idari işlerine ve dolayısıyla idarî personeline ilişkin işlemleri yargısal değil, idarî nitelikte olduğundan çarpıcı ve daha kolay anlaşılır olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi örneği verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kuruluş gerekçesi veya asli görevi (misyonu); (i) kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemek; (ii) Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetlemek ve (iii) bireysel başvuruları karara bağlamaktır. Anayasa Mahkemesi bu asli yargı görevini ya da yargısal fonksiyonunu Genel Kurul, 1. Bölüm ve 2. Bölümde görevli yüksek yargıçlar olan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerle yerine getirmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerine ilişkin karar verme yetkisi bulunan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini/yargı fonksiyonunu yerine getiren kamu görevlileri olduklarında şüphe yoktur. Ancak, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini yerine getirebilmesi için bunlar dışında kendilerine verilen dosyaların ilk ve esas inceleme raporlarını, karar taslaklarını ve diğer işlemlerini hazırlamak görevi bulunan Genel Kurul Raportörleri ile bireysel başvuruların kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlayan Bireysel Başvuru Raportörleri görev yapmaktadır. Karar verme yetkisi bulunmayan ve fakat yargısal görev yürüten raportörlerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördüğü, iptali istenen düzenlemeye göre belirsizdir. Bunları da asli görevleri yürüten kamu görevlisi saysak dahi Anayasa Mahkemesi idari teşkilatında Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve bunlara bağlı görev yapan Yazı İşleri Müdürlüğü, Personel Müdürlüğü, Doktorluk, Dış İlişkiler Müdürlüğü, Teknik Hizmetler Müdürlüğü, İdari ve Mali İşler Müdürlüğü gibi tüm kamu idarelerinde aynı veya benzer görevleri yürüten müdürlükler ve bu müdürlüklerde görevli kamu görevlileri vardır. Bunlardan örneğin Doktorluk da görev yapan doktor veya hemşirelerin ya da Personel Müdürlüğünde görev yapan şefin, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan satınalma memurunun veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan teknikerin yargısal bir görevi olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesine ilişkin asli görevleri mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördükleri, iptali istenen düzenleme bağlamında belirsizdir. Ancak, iptali istenen düzenlemenin yorumuna göre, raportörlerin, Doktorluk da görev yapan ve Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen doktorların, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan ve Genel İdare Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen satınalma memurlarının, veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan ve Teknik Hizmetler Sınıfında istihdam edilen teknikerlerin sayılarının az bulunması veya niteliklerinin yetersiz değerlendirilmesi gerekçeleriyle (bu görevler norm kadroya bağlanmışken, kadro şartı da aranmaksızın) ihaleyle bu görevlerde personel istihdam edilebilecek veya edilemeyecektir. Buradaki belirsizlik açıktır ve bu belirsizlik devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren Anayasa Mahkemesi için değil, hem istihdam edilen hizmet sınıfları, hem kadro/görev unvanları ve hem de çalışılan hizmet birimleri açısından tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Çelişki ise şuradadır: Yasa koyucu bir yandan yardımcı hizmetlere ilişkin görevlerde ihaleyi öngörürken, diğer yandan yardımcı işlerde istihdam edilen personelin “yeterli nitelik” de bulunmamasını da ihale ile personel istihdamının gerekçesi yapmıştır. Oysa yardımcı hizmetler ile “nitelik” arasında ters yönlü bir ilişki vardır. Anayasa Mahkemesi İdari Mali İşler Müdürlüğünde görevli “hizmetli” veya “mübaşir” yardımcı hizmetlerden ise hukuksal olarak bu görevlerde “yeterli nitelik” aranmaz. Çünkü, kural olarak özel meslek bilgisi veya uzmanlığa dayanmayan, herkesin yapabileceği vasıfsız işlerde nitelik olamayacağından vasıfsız işleri yürütenlerin niteliğinin yeterliliği veya yetersizliğinden söz edilemez. Dolayısıyla

yardımcı hizmetlerde yeterli nitelik aranması açık bir çelişkidir. Anayasa Mahkemesinde ancak raportörlük, genel sekreterlik, müdürlük, şeflik gibi görevler için yeterli nitelik aranabilir ki yeterli sayılmanın veya sayılmamanın şartları bu görevlere atanmaya ve görevden almaya ilişkin mevzuatında kurallandırılmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü veya Genel Sekreterliği ya da İdari Mali İşler Müdürlüğü ya da Personel Müdürlüğü şefliği veyahut da satınalma memurluğu görevleri yardımcı işlerden sayılıyor ise, nitelik aranan bu görevlere nasıl ve ne şekilde atanacağı ve görevlerinden nasıl alınacağı mevzuatında da kurallandırılmışken, nitelik aranan bu görevlerin yardımcı işlerden sayılacak olması başka bir açık çelişkidir. Bu çelişki sadece Anayasa Mahkemesi için değil, tek tek asli görevleri dikkate alındığında hem istihdam edilen hizmet sınıfı, hem kadro/görev unvanı, hem de çalışılan hizmet birimleri bağlamında tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasa koyucunun üstünde Anayasa ve hukukun üstün kurallarının bulunduğu bilincinde olan yargı denetimine açık devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri “belirlilik”tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne tür müdahale yetkisini verdiğini bilmesini gerektirir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yukarıda açıklandığı üzere idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceğine ilişkin düzenleme; kendi içinde hukuksal bir totoloji olduğu, hukuksal çelişki içerdiği ve hukuksal belirsizlik taşıdığı için Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt bendinin ikinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine

Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen ve dolayısıyla istihdam edilmelerinin temelinde yasama faaliyeti (kanun) yatan personelin yürüttüğü yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini yani kamu hizmetlerinin hangi kısımlarının kamu idarelerinin görevlerine ilişkin asli hizmetler, hangi kısımlarının ise yardımcı işlere ilişkin hizmetler olduğunu; yasama organı yasayla değil, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu idari işlemle belirleyecek; Bakanlar Kurulu bu belirlemeyi idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak idareler itibarıyla ayrı ayrı yapabileceği gibi tümünü kapsar şekilde birlikte de yapabilecektir.

Oysa Bakanlar Kurulunun yapacağı belirlemenin yasa konusu olması bir yana, kamu hizmetleri niteliği ve içeriği itibarıyla birbirini tamamlayan bir bütündür.

Nitekim, kamu idarelerinden bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarına ilişkin temel yasal düzenleme olan 27.9.1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında bakanlıkların kurulmasında zorunlu esaslar;

“a) İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Teşkilatlanmada görev ve yetkilerin tespitinde bu bütünlük bozulamaz.

b) Bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarında etkili bir idare, iş bölümü, kontrol ve koordinasyonun sağlanması esastır.

c) Aynı ve benzer hizmet veya görevlerin tek bir bakanlık tarafından veya sorumluluğunda yürütülmesi, atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi esastır.”

şeklinde sıralanmış;

6. maddesinde bakanlık merkez teşkilatının;

“a) Bakanlıkların hizmet ve görev alanlarına giren faaliyetlerini yürüten anahizmet birimleri,

b) Bakan ve anahizmet birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşlara istişari mahiyette yardımcı olan teknik, idari, hukuki ve mali konularda faaliyette bulunan danışma ve denetim birimleri,

c) Yukarıdaki birimlere yardımcı olan ve her bakanlıkta zorunlu olarak yürütülmesi gereken idari, mali, güvenlik ve sivil savunma gibi hizmetleri yerine getirmekle görevli yardımcı birimler.”den oluşacağı belirtilmiş; bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kuruluş, görev ve teşkilat kanunları da bu temel ilkelere dayandırılmıştır.

Örneğin; 3.6.2011 tarihli ve 639 sayılı KHK’nin 2. maddesine göre Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı’nın görevleri, “bitkisel ve hayvansal üretim ile su ürünleri üretiminin geliştirilmesi, tarım sektörünün geliştirilmesine ve tarım politikalarının oluşturulmasına yönelik araştırmalar yapılması, gıda üretimi, güvenliği ve güvenilirliği, kırsal kalkınma, toprak, su kaynakları ve biyoçeşitliliğin korunması, verimli kullanılmasının sağlanması, çiftçinin

örgütlenmesi ve bilinçlendirilmesi, tarımsal desteklemelerin etkin bir şekilde yönetilmesi, tarımsal piyasaların düzenlenmesi gibi ana faaliyet konularının gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak; gıda, tarım ve hayvancılığa yönelik genel politikaları belirlemek, uygulanmasını izlemek ve denetlemek” iken; 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Kanunun 4. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğü’nün otoyollar ile devlet ve il yolları ağına giren karayollarına ilişkin görevleri (a) ’dan (o) ’ya onsekiz bent halinde sıralanmıştır.

639 sayılı KHK’nin 6. maddesinde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının hizmet birimleri (teşkilatı), ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimleri ayırımına gidilmeksizin düzenlenirken; 6001 sayılı Kanunun 7. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğü’nün hizmet birimleri (teşkilatı) ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimlerine dayalı olarak sıralanmıştır.

Teşkilat yapısının (hizmet birimleri) sıralamasında ana hizmet birimi-danışma ve denetim birimi-yardımcı hizmet birimi sıralaması yapılsın ya da yapılsın kamu idarelerinin asli faaliyet ve görev alanları ana hizmet birimleri arasında; teftiş kurulu/denetim birimi başkanlığı, strateji geliştirme başkanlığı, hukuk müşavirliği, basın müşavirliği vb. danışma ve denetim birimleri arasında; insan kaynakları/personel dairesi başkanlığı, destek hizmetleri/idari mali işler daire başkanlığı, bilgi teknolojileri daire başkanlığı, eğitim-yayım daire başkanlığı vb. ise yardımcı hizmet birimleri arasında yer almaktadır.

Kamu idarelerinin asli görev ve faaliyet alanları (ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler) asli hizmetlerden; danışma ve denetim birimleri ile yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler yardımcı işlere ilişkin hizmetlerden sayılmakla birlikte, asli hizmetlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmetler ve dolayısıyla ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler arasında birbirini tamamlayan ve birindeki eksiklik diğerine yansıyan bütünlük ilişkisi vardır ve ana hizmet birimlerinin görevlerini yapabilmesi her hizmet sınıfı ile görev/kadro unvanından personelin istihdam edildiği denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin görevlerini yapmasından geçmektedir. Örneğin; danışma ve denetim birimleri arasında yer alan strateji geliştirme daire başkanlıkları asıl olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre stratejik plan, performans programı ve bütçe ile mali rapor ve faaliyet raporlarını hazırlamak; destek hizmetleri daire başkanlıkları ise ana hizmet birimlerinin görevlerine ilişkin ihale, kiralama ve satın alma gibi mali işlerle, temizlik, güvenlik, aydınlatma, ısınma, onarım, taşıma ve benzeri hizmetleri yürütmekle görevlidirler.

Stratejik plan ile performans programı hazırlanıp proje ve faaliyetlere kaynak tahsis edilmeden ana hizmet birimlerinin yürütmesi gereken görevlerin nasıl, ne şekilde ve ne ölçüde yürütüleceği bilinemeyeceği gibi, proje ve faaliyetlerin ihalesi yapılmadan, gerekli kiralama ve satın alma işlemleri yerine getirilmeden asli hizmetlerin yürütülmesi de mümkün değildir. Bunların kamu personeli eliyle değil de iptali istenen kurala göre ihaleyle özel sektör çalışanları eliyle yerine getirilebileceği ileri sürülebilirse de planlama, programlama, bütçeleme, ihale, kiralama, satınalma, mali raporlama gibi kamu hizmetlerinin, kamu hukukuna tabi idari süreçlerde yürütülmesi gereken hizmetlerden olduğu; ceza kanunlarında bu görevleri yürüten memurlara özgü suçlar oluşturulduğu; bunların idari ve mali sorumluluk doğuran işlemler olduğu; tüm bu işlemlerin Sayıştay denetimi ve hesap yargılamasına konu oluşturduğu; Sayıştaya karşı mali sorumluluğu olan harcama yetkilisi, gerçekleştirme görevlisi, muhasebe yetkilisi, satınalma memuru, avans ve kredi mutemedi gibi memurlar ile ihale komisyonu, satınalma komisyonu, muayene ve kabul komisyonu, yapı denetim/kontrol teşkilatı gibi kurul ve heyetlerde görevli başkan ve üyelerin kamu görevlisi olmak zorunda

oldukları hususları göz önüne alındığında, kamu idarelerinin kuruluş ve teşkilat kanunları ile teşkilatlarına göre danışma ve denetim birimleri ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından asli hizmetlere yardımcı/destek olmak amacıyla her hizmet sınıfından ve kadro/görev unvanından memurlar eliyle yürütülen işlere ilişkin hizmetlerin kamu hukuku bağlamında her şart ve koşulda kamu personeli eliyle yürütülmesi gerekeceği sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütmenin siyasi faaliyetleri dışında kalan ve siyasi birliğin ortak işlerini yani kamu hizmetlerini kamu yararına yürütmek amacıyla devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden (mahalli idareler, KİT'ler, yükseköğretim kurumları, TRT vb.) oluşan idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenmek durumundadır. Bu bütünlük bozulamayacağı gibi bütünlük içindeki kamu hizmetlerini yürütecek memur ve diğer kamu görevlilerinin statüsü ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi de Anayasal bir kuraldır.

Siyasi topluluğun süreklilik taşıyan ortak işlerinin/ihtiyaçlarının ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin, kamu gücünü kullanan idari personel eliyle kamu hukukuna tabi idari süreçlerde idari karar, iş, işlem ve eylemlerle kamu yararına yürütülmesi kamu idarelerinin tanımlayıcı, ortak ve temel özellikleridir. Kamu idaresinin kuruluşu, görevleri, çalışması ve görevlileri kanunlarla düzenlendiği ve kamu idaresi kamu gücünü kamu personeli eliyle kullandığı için kamu idaresi alanında kanuna bağlılık ilkesi geçerlidir.

Kanuna bağlılık ilkesinin geçerli olduğu kamu hizmetleri alanında, kamu idarelerinin birbirini tamamlayan bütünlük içindeki görevlerinin Bakanlar Kurulu kararıyla asli görevlere ilişkin hizmetler ve yardımcı işlere ilişkin hizmetler şeklinde ayrılarak, yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihaleyle gördürülmesi, Anayasanın 123. maddesindeki, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki Anayasanın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ve kanuniliği ilkesine yer verilmenin yanında 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenecek olan memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği kurallaştırılmıştır.

Kamu idarelerinin ana hizmet birimleri tarafından yürütülen görevler yanında bunları tamamlayarak bunlarla bütünlük oluşturan yardımcı işlere ilişkin danışma ve denetim ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından yürütülen görevler de memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olmasına rağmen, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihale ile özel hukuk hükümlerine tabi özel sektör kuruluşlarına gördürülecek olması ve üstelik ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin kanunla belirlenmek yerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek olması, Anayasanın 128. maddesine aykırıdır.

Bakanlar Kurulunun yardımcı işlere ilişkin hizmetleri idareler itibariyle ayrı ayrı ve veya tümünü kapsar şekilde birlikte belirleme yetkisini; idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak yapacağı ileri sürülebilirse de yasadaki bu

ölçütler, yukarıda Anayasa Mahkemesi, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü örneklerinde ortaya konmaya çalışıldığı üzere, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan birim bağlamında hukuksal belirsizliğe yol açmanın yanında yasayla düzenlemenin asgari şartlarını da taşımamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, yer verilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri “hukuki belirlilik”tir. Hukuki belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin pek çok kararında yasayla düzenleme ilkesinin, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesinin değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmış olmasının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade etmektedir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan, Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.

İptali istenen düzenlemede, ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri belirlemede Bakanlar Kurulunun, idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alacak olması, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan hizmet birimleri ile işçilerin pozisyonları bağlamında hukuksal belirsizliği ortadan kaldırmadığı gibi, kamu idarelerinin tamamı göz önüne alındığında belirsiz hizmet sınıfları, belirsiz kadro/görev unvanları ve belirsiz hizmet birimleri ile belirsiz işçi pozisyonlarını kapsayabilecek bir alanı düzenleme yetkisinin, bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak ilke ve ölçütler de getirilmeden Bakanlar Kuruluna verilmesi, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ile 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt bendinin ikinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6552 sayılı Kanunun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, “Kamu işveren sendikası tarafından

yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.” Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülüp, sonuçlandırılacağı; toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkra göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği; ancak kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği ve 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Böylece, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde fiyat farkı ödenip ödenmemesi hususu, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikasının yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmakta; kamu işveren sendikası tarafından yürütülüp sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilmemesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi hüküm altına alınmaktadır.

Anayasanın 51. maddesinde, çalışanlar ile işverenlerin önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip oldukları ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı kuralları getirilmiş; 53. maddesinde ise işçilerle işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde Toplu İş Sözleşmesi, “İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi” şeklinde tanımlanmış ve 33 – 48. maddelerinde toplu iş sözleşmesinin genel esasları ile yapılmasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılması gereken toplu iş sözleşmesinin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, fiyat farkı ödenmesi üzerinden alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlanarak işçi

sendikası ile alt işveren adına kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılacak olması ve bu zorlamanın yetkilendirmeme durumunda fiyat farkı ödenmemesi ile sonuçlanacak olması, Anayasanın 51. maddesinde güvence altına alınan sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmaz.

Anayasanın 10. Maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Kuralına yer verilmiş; dördüncü fıkrasında, imtiyaz tanınması yasaklanmış ve beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idari makamların bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Anayasanın 10. maddesinde kurallaştırılan “kanun önünde eşitlik ilkesi” ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, yüklenicilerin hukuksal durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verilmesi, buna karşın Anayasa ve 6356 sayılı Kanuna göre yapılması durumunda fiyat farkı verilmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi boyutuna taşınarak hukuksal durumları aynı olan alt işverenler yanında hukuksal durumları aynı olan alt işveren işçileri arasında ayrımcılık yapılması, Anayasanın 10. maddesindeki “yasa önünde eşitlik ilkesi”ne aykırılık oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinin yedinci fıkrasında, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” denilmektedir.

İptali istenen düzenlemede ise kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesinin yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmakta ve böylece asıl işverenin işçilere karşı 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasından kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Daha açık deyişle, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin cezası, işçilere yüklenilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

İşçi sendikası ile yapılacak toplu sözleşmede alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması yani alt işverenin yaptığı/yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi kamu yararıyla da bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 36. maddesinde, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmektedir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar. (Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı.)

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü işçiler alt işverenden yasal haklarını alamadıklarında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasına göre asıl işveren hakkında dava açamayacaklar; açsalar da asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği için yasal haklarına kavuşamayacaklardır. Bu itibarla iptali istenen düzenleme, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığından, Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, “Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.” Cümlesi; Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6552 sayılı Kanunun 15. Maddesiyle 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen (e) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

4857 sayılı İş Kanununun kapsamının dar ve sınırlı olması nedeniyle çalışanların önemli bir kısmının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatın kapsamı dışında kalması; Anayasanın 49. Maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmesinin 07.01.2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanunla, İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 Sayılı Sözleşmesinin ise 07.01.2004 tarihli ve 5039 sayılı Kanunla onaylanması; Avrupa Birliğine tam üyelik için 3 Ekim 2005 tarihinde müzakerelere başlanması ve Avrupa Birliği (AB)'nin 1989 yılında kabul ettiği sınırlı istisna dışında bütün çalışanları kapsayan 89/391 EEC Çerçeve Direktifinin tam üyelik görüşmelerinde ön şart olarak ortaya konması nedenleriyle iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenlemek amacıyla kapsamlı bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı ile Avrupa Birliğinin 12 Haziran 1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Direktifinin mevzuatımıza kazandırılması yanında Anayasanın 49. maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği alanında kabul ettiğimiz 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmelerine uygun “müstakil” bir kanuni düzenlemeye gidilmesi amaçlanmış ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.6.2012 tarihinde 6331 sayıyla yasalaşmıştır.

Nitekim, Kanunun amacı; “işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek” şeklinde ortaya konulmuş ve kapsamı ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri ile AB'nin sınırlı istisnası dışında bütün çalışanları kapsayan (işçi, memur, kamu görevlisi, gemiadamı, gazeteci, hakim, savcı gibi farklı statülere sahip kişileri “çalışan” olarak tanımlayan) 89/391 EEC sayılı Çerçeve Direktifiyle uyumlu belirlenmiştir.

Bu defa ise 6552 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendiyle, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri” İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Alt Komisyonda verilen bir önergeyle Tasarıya çerçeve 15. madde olarak eklenen maddenin gerekçesinde ise, “Tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle ve deniz ve hava taşımacılığının kendine özgü çalışma koşulları dikkate alınarak ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabette olumsuz etkilenmemelerini teminen uluslararası denizyolu ve havayolu taşımacılığı yapan araçların seyrüsefer hallerini 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun ... kapsamı dışında tutan bir düzenlemenin Tasarıya” eklenmesinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir.

Bu ifadeye göre, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri” nin 6331 sayılı Kanundan istisna tutulmasının nedeni, uluslararası seyrüsefer hallerinde “tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin” uygulanacak olması ve ayrıca ülkemiz armatörlerini iş sağlığı ve güvenliği kapsamında yapılacak harcamalardan muaf tutarak uluslararası rekabette maliyet avantajı sağlanması ile gerekçelendirilmiştir.

Uluslararası deniz taşımacılığı yapan araçların 6331 sayılı Kanuna tabi olmamasının gerekçesi seyir halinde bu araçların “tabi oldukları uluslararası sözleşmeler” ise söz konusu sözleşmelerin neler olduğunun bilinmesine ihtiyacı vardır.

Türkiye'nin deniz hukukunu konu alan veya kapsamında deniz hukukuna ilişkin kurallar bulunan taraf olduğu uluslararası sözleşme ile anlaşmalar; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Lozan Barış Anlaşması, Montreux Boğazlar Sözleşmesi, Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi 1979, Milletlerarası Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (Solas-1974), Gemiadamlarının Eğitimi, Belgelendirilmesi ve Vardiya Standartları Hakkında 1978 Uluslararası Sözleşmesi (STCW Sözleşmesi), Uluslararası Sağlık Tüzüğü 1985, Marpol Antlaşması, Barcelona Konvansiyonu, Cenazelerin Nakli Anlaşması, Ölülerin Nakline Dair Beynelmilel İtilafname, Avrupa Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Topluluğun Halk Sağlığı Alanındaki Eylem Programına (2003-2008) Türkiye'nin Katılımı Hakkındaki Mutabakat Zaptı'nın Onaylanması Hakkında Karar şeklindedir. Bu sözleşme ve anlaşmaların içinde denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hallerinde gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğini konu alan veya ilgilendiren herhangi bir kural bulunmamaktadır.

Öte yandan, ILO'nun İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesi ile İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşmesi dışında denizyolu taşımacılığı yapan araçlar ve çalışanlarına ilişkin Türkiye tarafından onaylanan ILO Sözleşmeleri ile konuları ise şöyledir:

6 Ekim 1936 tarihli Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar ve Gemi Zabıtlarının Mesleki Yeterliliklerinin Asgari İcaplarına İlişkin 53 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4906 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticaret gemilerinde çalışan kaptanlar, nöbetçi güverte ve makine zabıtlarının meslekî yeterliliklerinin asgarî gereklerini ortaya koymaktır.

6 Ekim 1936 tarihli Gemiadamlarının Hastalanması, Yaralanması ya da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin 55 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4942 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; seyrüsefer halinde bulunan gemilerde çalışanların hastalanması, yaralanması ve ölümünden armatörlerin sorumlu tutulması; tedavi ve bakım giderlerinin armatörlerce karşılanmasına ilişkindir.

22 Ekim 1936 tarihli Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme 25 Mayıs 1959 tarihli ve 7293 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; gemilerde onbeş yaşından küçük çocukların çalıştırılmamasına ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemilerde Mürettebat İçin İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin 68 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4943 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticarî amaçlı açık deniz gemisi mürettebatının iâşesinin ikmali ve yemek hizmetleri için uygun bir standardın geliştirilmesine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemi Aşçıları'nın Mesleki Ehliyet Diplomalarına İlişkin 69 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4944 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; uluslararası seyrüsefer halindeki gemilerde mürettebatın yemeğini çıkaracak aşçıların yetkili makamdan mesleki ehliyet diploması alması gerektiğine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemiadamlarının Sağlık Muayenesine İlişkin 73 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4908 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticari gemilerde çalışacak kişilerin duyma, görme ve güverte bölümünde çalışacak kişiler bakımından renk seçme yeteneklerinden hepsinin uygun olduğu ve denizdeki çalışmasından dolayı ağırlaşacak veya işe uygun olmayan bir duruma düşürecek veya gemideki diğer kimselerin sağlığını tehdit edecek herhangi bir hastalığı bulunmadığına ilişkin sağlık raporları olmaları gerektiğine ilişkindir.

8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4907 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları, havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul etmelerine ilişkindir.

29 Nisan 1958 tarihli Gemiadamlarının Ulusal Kimlik Kartlarına İlişkin 108 sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4939 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticari gemilerde çalışan mürettebata uluslararası geçerliliği olacak gemiadamı kimliği verilmesinin şartlarına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin (İlave Hükümler) 133 Sayılı Sözleşme 22 Ekim 2003 tarihli ve 4973 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; modern gemilerin yapımı ve işletmelerinin hızlı değişen özellikleri karşısında 92 sayılı Sözleşmede yer alan mürettebatın barınması konusunda yeni iyileştirmeler yapılmasına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4935 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Gemiadamlarının işle ilgili olarak ya da iş sırasında maruz kaldıkları kazalar bağlamında ILO'nun işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin temel sözleşmesidir.

Sözleşmenin 4. maddesinde;

“- İş kazalarının önlenmesine ilişkin kurallar yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konur.

- Bu hükümler, gemi adamlarının çalışmasına uygulanabilecek olan işte kazaların önlenmesi ve sağlığın korunması ile ilgili tüm genel kurallara atıfta bulunur ve denizcilik işlerine özgü kazaların önlenmesi için alınacak önlemleri belirler.

- Bu hükümler özellikle aşağıdaki konulara ilişkin olur:

- a. Genel ve temel hükümler;*
- b. Gemilerin yapısal özellikleri;*
- c. Makineler;*
- d. Güvertede veya altında alınacak özel önlemler;*
- e. Yükleme ve boşaltma teçhizatı;*
- f. Yangınların önlenmesi ve söndürülmesi;*
- g. Çapalar, zincirler ve kablolar;*
- h. Tehlikeli yükler ve safra*
- i. Denizcilerin şahsi koruyucu donanımı.”*

Denilerek üye devletler hukuksal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altına sokulurken;

Sözleşmenin üye devletlerce uygulanmasına ilişkin olarak 6. maddesinde,

“- 4. maddede belirtilen hükümlerin, yeterli teftiş ya da yöntemlerle uygulanmasını sağlamak üzere uygun tedbirler alınır.

- 4. maddede öngörülen hükümlere uyulmasını sağlamak üzere gerekli tedbirler alınır.

- Denetim ve uygulamalardan sorumlu makamların denizcilikle ilgili işlere ve uygulamalara aşina olmalarını sağlayacak gerekli tüm önlemler alınır.

- Uygulanmayı kolaylaştırmak amacıyla, ilgili hükümlerin metni ya da özeti, örneğin gemide belirgin bir yere asılmak suretiyle gemicilerin dikkatine sunulur.”

Denilmiştir.

13 Ekim 1976 tarihli Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşme 17.7.2003 tarihli ve 4940 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, gemiadamlarının yıllık ücretli izinlerine ilişkindir ve sözleşme hükümlerinin ulusal yasa ya da tüzükler marifetiyle yürürlüğe konulması öngörülmüştür.

24 Eylül 1982 tarihli Gemiadamlarının Sağlığının Korunması ve Tıbbi Bakımına İlişkin 164 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4945 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin gemi adamlarına, gemilerde koruyucu sağlık ve tıbbi bakım olanakları sağlayan önlemleri almasına ilişkindir ve Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulmasının ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler, işyeri yönetmelikleri, hakem kararları, mahkeme kararları veya ulusal koşullara uygun diğer vasıtalarla sağlanacağı belirtilmiştir.

24 Eylül 1987 tarihli Gemiadamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin 166 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4941 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; deniz aşırı ticari taşıma yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının ülkesine gönderilme haklarına ilişkindir.

Yukarıdaki sözleşmelerde gemilerde çalışanlara (gemiadamlarına) ilişkin kurallar bulunmasına ve hatta 8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme ile 14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme doğrudan uluslararası seyrüsefer yapan ticari gemilerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar taşımasına rağmen; buradaki kurallar genel çerçeve ve ilkeleri ortaya koyan ve sözleşmeleri imzalayarak taraf olan ülkeleri, sözleşmelerdeki kuralları ulusal mevzuatlarına kazandırmaları için yükümlülük altına sokan niteliktedir.

Bu bağlamda, ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği, özellikle 92 ve 134 sayılı sözleşmeleri ise gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin genel çerçeve ve ilkesel kuralları ortaya koyan uluslararası sözleşmelerdir ve doğrudan uygulanabilirliği olmayan bu sözleşmelerin işlevi bunları imzalayarak sözleşmeye taraf olan devletleri mevzuatlarında sözleşmelerin öngördüğü gerekli düzenlemeyi yapma yükümlülüğü altına sokmasıdır. Kaldı ki, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri”nde gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uluslararası sözleşmeleri

imzalayan ülkeleri yüklenim altına sokmanın dışında fiilen uygulanabilirliği olan uluslararası sözleşmeler olmamakla birlikte, olduğu ileri sürülse dahi, sözleşmelerde yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kuralların ticari gemiler düzeyinde uygulanmasını sağlayan, denetleyen, uygulanmaması halinde yaptırım uygulayan uluslararası bir kuruluş da bulunmamaktadır.

Öte yandan uluslararası taşımacılık yapan gemiler büyük tonajlı gemilerdir. Bunlar yakın zamanlara kadar sadece deniz yoluyla yolcu ve yük taşınmasında kullanılırken; günümüz teknolojisi, bunları taşımacılığın yanında yüzer üretim tesislerine de dönüştürmüş bulunmaktadır. Günümüzde bu gemilerden bazıları kalkış limanından yükledikleri hammaddeyi seyir halinde işleyerek varış limanına işlenmiş/mamul madde olarak teslim eder hale getirilmişlerdir. Dolayısıyla deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan deniz araçlarında diğerleri yanında sadece petrol ve türevleri ile likit gaz gibi tehlikeli maddeler taşınmasına ek olarak bu araçlarda seyir halinde üretim faaliyetinde de bulunmaktadır. Bu araçların seyrüsefer halinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışına çıkarılması, söz konusu üretim faaliyetlerinin de kapsam dışına çıkarılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu itibarla, gerekçede ileri sürülen “Tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması” ifadesinin uluslararası sözleşmeler ve uygulayıcı kuruluşlar bağlamında gerçekliği ve geçerliliği bulunmamakta; “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri”nin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamından çıkarılması, gerekçede “ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini teminen” şeklinde ifade edildiği üzere, deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan ülkemiz armatörlerini 6331 sayılı Kanuna göre yapmak zorunda oldukları iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik önlem ve harcamalardan muaf tutarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliklerine ilişkin asgari şartların yerine getirilmemesi ve dolayısıyla bunların iş kazaları ve meslek hastalıkları riskiyle karşı karşıya bırakılması üzerinden maliyet üstünlüğü sağlamayı amaçlamaktadır.

Anayasanın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah ve huzurunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 49. maddesinin ikinci fıkrasında, “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” denilmiş; 56. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak Devlete görev olarak verilmiştir. Uluslararası seyrüsefer yapan deniz araçlarında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin, bir maliyet unsuru olarak değerlendirilerek uluslararası rekabeti sağlamanın alt bileşeni haline getirilmesi ve uluslararası deniz taşımacılığı yapan iş adamlarının daha fazla kazanç elde etmeleri için insan hayatının hiçe sayılarak çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla karşı karşıya bırakılması, Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı gibi çalışanları korumak ve herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevleriyle uyumadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 5., 49. ve 56. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas olduğu kurallaştırılmıştır.

1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 23. maddesinin (1) nolu fıkrasında, “Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda

çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.” denilirken; 1976 Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Antlaşması’nın 7. maddesinde, “Bu Sözleşme’ye taraf Devletler, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ederler. Bu hak özellikle (...) Güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını güvence altına alır;” denilmiştir; ILO’nun 155 sayılı Sözleşmesinde, Sözleşmenin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı, ekonomik faaliyet kolları teriminin, kamu hizmetleri de dahil olmak üzere çalışanların bulunduğu bütün kolları kapsadığı, çalışanlar teriminin, kamu çalışanları da dahil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsadığı belirtilmiştir; 161 sayılı Sözleşmesinde, bütün ekonomik faaliyet dallarında ve tüm işletmelerde, kamu sektörü ve üretim kooperatifleri üyelerini de kapsayacak şekilde, tüm çalışanlar için, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sürekli bir şekilde geliştirilmesinin üstlenilmesi gerektiği hususu vurgulanmış; 92 Sayılı Sözleşmesinde, üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları ile havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul edecekleri belirtilmiştir; 134 Sayılı Sözleşmesinde ise iş kazalarının önlenmesine ilişkin kuralların yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konulacağına yer verilmiştir.

Türkiye, yukarıda sıralanan uluslararası andlaşmaların tamamını onaylayarak usulüne göre yürürlüğe koymuştur. Yaşam hakkı ile iş güvenliği ve sağlığı hakkının temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunda da şüphe yoktur.

Bu itibarla, “Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri”ni 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, usulüne göre yürürlüğe konulmuş yukarıda sıralı uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığından, Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6552 Sayılı Kanunun 20. Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 20. maddesiyle, 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan “yüzde üçünün” ibareleri “yüzde birinin”; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “yüzde üçünden” ibaresi “yüzde birinden”, dördüncü fıkrasında yer alan “yüzde üçünü” ibaresi ise “yüzde birini” olarak değiştirilmiştir.

Mülga 5018, 224 ve 275 sayılı Kanunlarda yer almayan işkolu barajı şartı ilk kez 1983 tarihli 2822 sayılı Kanun ile sendika mevzuatına eklenmiştir. Milli Güvenlik Konseyi dönemi sırasında çıkarılan 2822 sayılı Kanunun getirdiği yüzde 10 işkolu barajının Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülememiş; hiçbir demokratik toplumda var olmayan bu koşul Türkiye’de sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarının kullanılmasını ciddi anlamda sınırlamıştır. İşkolu barajı şartı nedeniyle belli sayıda sendika toplu iş sözleşmesi imzalayabilmiş; sendika çokluğu ve serbestisi ilkeleri fiilen yaşama geçirilememiş; işkolu barajı şartı sendikaların

1990'lı yıllarda üye kaybetmeye başladığı sırada daha da ağır ve yıkıcı etkilerde bulunmuş; Türkiye'de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilen işçi sayısı ve sendikalaşma oranı 1990'lı yıllardan bugüne kadar hızla gerileyerek 1980 Müdahalesinden önceki rakamın yarısına kadar düşmüştür.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın istatistiklerine göre, kayıtlı işçi sayısı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısı dikkate alındığında, 1988 yılında 3 milyon 418 bin 965 olan kayıtlı işçi sayısının 2014 yılına gelindiğinde 12 milyon 287 bin 238'e yükseldiği ancak aynı dönemde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısının 1 milyon 591 bin 360'tan, 800 bin'e düştüğü; dolayısıyla toplu sözleşmeden yararlanma bakımından sendikalaşma oranının yüzde 46,5'ten yüzde 9,7'e düştüğü görülmektedir. Türkiye'de kayıtlı her 100 işçiden yalnızca 9,7'si toplu sözleşme hakkından yararlanabilmekte, özel sektörde bu rakam yüzde 3,5'e kadar düşmektedir.

Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere OECD ülkeleri arasında en düşük sendikalaşma oranına sahip olan ve sendikalaşma oranının en hızlı düştüğü ülke Türkiye'dir.

Tablo: OECD Ülkelerinde Sendikalaşma, Yüzde (2002-2011)^[1]

	2000	2010/2011	Değişim
Türkiye	9.5	5.9	-38
ABD	12.8	11.3	-11
Meksika	13.9	13.2	-5
Şili	13.3	15.0	12
İspanya	16.0	15.9	-1
Hollanda	21.0	18.2	-13
Almanya	23.5	18.5	-21
Japonya	20.3	19.0	-6
Yeni Zelanda	22.2	20.8	-6
İngiltere	29.3	25.8	-12
Avusturya	35.2	28.1	-20
Kanada	30.3	28.8	-5
İtalya	33.8	35.1	4
İrlanda	36.1	35.6	-2
Belçika	50.9	52.0	2
Norveç	54.5	54.6	0

İsveç	77.3	67.7	-12
Danimarka	73.2	68.8	-6
Finlandiya	73.5	70.0	-5
OECD Ortalaması	19.6	17.5	-11

Yukarıdaki tablolar ışığında 2822 sayılı Kanunda yer alan işkolu ve işyeri/işletme barajlarının Anayasanın 51. maddesi ile güvence altına alınan sendika kurma ve üye olma hakkı ile Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını ağır bir biçimde sınırlandırdığı söylenebilir. Dolayısıyla sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkının tam anlamıyla yaşama geçirilebilmesi işçilerin Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkından gerçek anlamda yararlanabilmesi Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de uyarıları doğrultusunda işyeri barajı ile işkolu/işletme barajının tümüyle kaldırılması gerekmektedir.

Hal böyleyken 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrası ile işkolu barajı yüzde 3 olarak düzenlenmiş yalnızca bu barajı aşan sendikalara toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır. Rakamsal olarak yüzde 3 oranı yüzde 10 oranından daha düşük olsa da fiiliyatta işkolu barajı düşürülmemiş hali hazırda toplu iş sözleşmesi yapabilen sendika sayısını yarıya düşürme riski bulunan bir baraj sistemi öngörülmüştür. 6552 Sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile söz konusu yüzde 3 oranı da yüzde 1'e düşürülmüştür. Ancak, bu düzenleme de Anayasanın 53. maddesinde belirtilen hükme ilişkin aykırılığı gidermemiştir.

Şöyle ki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından en son yayımlanan 2009 yılı Temmuz istatistiğine kadar Bakanlığın kayıtlarına göre işçi ve sendikaların üye sayıları yayımlanmıştır. Bakanlığın kayıtlarında her bir iş kolundaki işçi sayısı daha düşük görünürken sendikaların üye sayıları çeşitli yargı kararları gereği sendikaların bildirimleri esas alınarak yayımlanmış çeşitli nedenlerle sendika üyeliği düşen işçiler sendika üyesi görünmeye devam etmiş dolayısıyla birkaçı dışında hiç biri yüzde 10 barajının üzerinde olmayan 50 sendika kağıt üzerinde barajın üstünde görünerek toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini sürdürmüştür. Dolayısıyla yüzde 10 barajı, barajın üzerine çıkmayı başarmış sendikalar için adeta fiilen uygulanmamış yargı kararları uyarınca sendikaların bildirimlerini ve Bakanlık kayıtlarını esas alan sistem neticesinde 50 sendika toplu sözleşme yapma yetkisini koruyabilmiştir. Bununla birlikte son dönemde kurulan hiçbir sendikalar yüzde 10 barajını aşamamış yüzde 10 barajı sendika çokluğu ve çok sayıda sendikanın tolu sözleşme yetkisi kullanmasını engellemiştir. Özetle sonuç olarak yukarıda belirten nedenlerle yüzde 10 barajı fiiliyatta kısmen uygulanmış ancak bu kısmi uygulama dahi ağır ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.

28.01.2010 tarih 5951 sayılı Yasa ile mülga 2822 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "Bakanlık; yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde, 1/8/2010 tarihinden itibaren kendisine gönderilen üyelik ve istifa bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. Bu tarihe kadar Bakanlıkça yayımlanmış bulunan en son işçi ve iye istatistikleri geçerlidir."

Bu düzenleme ile Bakanlık kayıtlarının değil SGK kayıtlarının esas alınacak olması nedeniyle gerçek işkollarında çalışan işçi sayısı ve sendikaların gerçek üye sayılarının ortaya çıkacak olması ve birkaçı haricinde tüm sendikaların yüzde 10 işkolu barajının altında kalacak olması nedeniyle 2009 Temmuz istatistiklerinden sonra Bakanlık bir daha istatistik yayımlamamış geçici yasal düzenlemeler yapılarak 2009 Temmuz istatistiklerinin esas alınması öngörmüştür. 6356 sayılı Kanunun 41.maddesinin 7.fıkrası ile de istatistiklerin düzenlenmesinde Bakanlığa gönderilen bildirimler ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimleri esas alınmaya başlamıştır.

2013 yılının Ocak ayında yayımlanan işkolu istatistiğine göre işkollarında çalışan gerçek işçi sayıları ile sendikaların gerçek üye sayıları belirlenmiştir. Bu düzenleme ile 6356 Sayılı Yasa öncesinde son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre yüzde 10 barajının üzerinde görünen bazı sendikalar yüzde 1 barajının dahi altında kalmıştır. Hal böyleyken 6356 sayılı Yasa ile yüzde 10 işkolu barajı ile yüzde 3 işkolu barajını yalnızca rakamsal olarak kıyaslayarak işkolu barajının düşürüldüğü ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkının geliştirildiği sonucuna varmak mümkün değildir. Yine 11 Eylül 2014 tarihinde yayımlanan 6552 Sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile getirilen düzenlemenin de bu aykırılığı giderdiğini de söylemek mümkün değildir.

Yapılan bu düzenlemeye göre

a) Son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre halihazırda barajın üstüne gözüken ve toplu sözleşme yapabilen sendikalar bakımından, yüzde 1 barajı en az 5 sendikanın, işkolu barajının altında kalmasına neden olmuştur.

b) Mülga 2822 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi yapabilen Türk-İş'e bağlı 2 sendika DİSK'e bağlı 3 sendika baraj altı kalmıştır.

c) Sendikaların baraj altı kalması ile birlikte onbinlerce işçi sendikaya üye olsa bile toplu sözleşme hakkından yararlanamayacaktır.

Bu düzenleme ile Türkiye'de zaten son derece sınırlı olan toplu pazarlıktan yararlanma düzeyi daha da geriye götürebilecek 6552 sayılı Kanunun 20. maddesinde yapılan düzenleme ile değiştirilen 6356 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde yapılan değişiklikler, düzenlemeleri Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış olan sendikalaşma ve toplu pazarlık haklarını ve bu hakların kullanımı daha da sınırlayacaktır.

Örneğin, Türkiye'de hizmetler sektörünün hızla gelişmesi ile birlikte, "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolu da inanılmaz bir hızla büyümüş ve Türkiye'nin en büyük işkolu haline gelmiştir. SGK verilerine göre bu işkolunda çalışan işçi sayısı 2 milyon 600 bini bulmuştur. 2009 verisine göre ise işkolundaki işçi sayısı, 436 bin 794'tür. Dolayısıyla, yeni istatistikle işkolundaki işçi sayısı bir anda yaklaşık 5 katına çıkmıştır. Ancak bu işkoluna da 6552 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile yüzde bir barajı uygulanacaktır. Bu işkolunda faaliyet gösteren ve hali hazırda yetkili olan DİSK'e bağlı Sosyal-İş Sendikası bu işkolunda yüzde 1 barajına ulaşmadığı için baraj altında kalmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 6356 sayılı Kanunla işkolları sayısı 28'den 20'ye düşürülmüş; gıda ve şeker işkolları 2 no'lu gıda sanayi işkolunda; deri ve tekstil işkolları, 5 no'lu dokuma hazır giyim ve deri işkolunda; ağaç ve kağıt işkolları 6 no'lu ağaç ve kağıt işkolunda basın ve gazetecilik işkolları 8 no'lu basın, yayın ve gazetecilik işkolunda; kara

taşımacılığı, hava taşımacılığı ve demiryolu taşımacılığı işkolları 15 no'lu taşımacılık işkolunda; gemi yapımı, deniz taşımacılığı ve ardiye ve antrepoculuk işkolları 16 no'lu gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk işkolunda birleştirilmiştir.

Birleştirilen işkollarında faaliyet gösteren sendikalarda da yüzde bir işkolu barajı uygulanmaktadır. Bu sendikaların 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 7 Kasım 2012 tarihine kadar işkolunda yer almadığı için üye kaydedemediği yüz binlerce işçi, işkollarının birleştirilmesi nedeni ile 2013 Ocak ayında yayımlanan istatistiklerde bu sendikaların işkollarında çalışan işçi sayısına dahil edilmiştir. Bu da bu sendikaların Kanun değişikliğinden daha da fazla etkilenmesine neden olmaktadır.

Örneğin birleştirmeden önce deri işkolunda işçi sayısı 45 bin civarındaydı. Bu işkolunun tekstil işkolu ile birleştirilmesi sonrası yeni işkolunun işçi sayısı 850 bin civarına çıktı. Deri işkolunun yüzde 10'u 4 bin 500 iken, yeni işkolunun yüzde 1'i bile 8 bin 500'e denk gelmektedir. Bir başka deyişle 6552 sayılı Yasa ile yüzde 10 barajı yüzde 1'e ve düşmüş gibi görünse de birleştirme neticesinde işkolu barajı bir anda yüzde 20'ye yükseldi. Böylece demokrasinin askıya alındığı koşullarda yasama yetkisini zor yoluyla kullananların getirdiği ve Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülemeyen yüzde 10 barajı, özellikle birleştirilen işkolları bakımından 6356 sayılı yasa ile daha da yükseltildi. Bu aykırılık ne yazık ki 6552 Sayılı Yasa ile de giderilememiştir. Sonuç olarak üye dahi kaydetmesi mümkün olmayan yüz binlerce işçinin işkollarına eklenmesi nedeniyle en az 5 sendikanın baraj altında kalmasına neden olan bu düzenleme, adalet ve hakkaniyet duygusuyla bağdaşmadığından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmamakta ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını fiilen yok etmektedir.

6356 sayılı Kanunun işkolu barajını düzenleyen ilgili maddeleri ILO'nun 98 sayılı sözleşmesi başta olmak üzere Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere aykırıdır.

Türkiye'de 12 Eylül darbesi ile birlikte yürürlüğe konulan 2821 ve 2822 Sayılı Yasalar, yıllardır ILO tarafından ILO sözleşmeleri ile tavsiye kararlarına aykırı olması nedeniyle eleştirilmiş, Hükümetlerden ILO sözleşmeleri, tavsiyeleri ve standartlarına uygun yeni bir sendikal mevzuatın yürürlüğe konulması talep edilmiştir.

ILO'nun toplu pazarlık hakkı ile sendikaların toplu pazarlık yapabilmek için temsil hakkı edinmesine ilişkin görüşlerinin esasını 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nin 4. maddesini oluşturmaktadır.

Maddeye göre; "Çalışma şartlarını toplu pazarlıkla düzenlemek üzere işverenler veya işveren örgütleriyle işçi örgütleri arasında ihtiyari pazarlık mekanizmasından faydalanılmasını ve bu mekanizmanın tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve desteklemek için gereği halinde milli şartlara uygun önlemler alınacaktır."

Bu bağlamda Türkiye'de sendikaların toplu pazarlık için temsil yetkisine sahip olabilmesi koşullarını düzenleyen 2822 Sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan yüzde 10'luk işkolu barajı ile yüzde 50'lik işyeri/işletme barajı, ILO Sözleşmelerin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Konusunda ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi tarafından ILO Konferansı'na sunulan raporlarda/gözlemlerde ve ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin raporlarında eleştirilmiş, defalarca hükümetlere bu ikili barajın tümüyle kaldırılması çağrısında bulunulmuştur. ILO

Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi 1989, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin 1987, 1988, 1989, 1991, 1993, 1994, 1995, 1996 ve 2000 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ikili barajın toplu pazarlık hakkını kısıtladığı vurgulanmış, toplu pazarlık için aranan iki koşulun da kaldırılması ve hükümet tarafından gerekli önlemlerin alınması talep edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri tarafından defalarca gerek ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne gerek ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'ne, ILO sözleşmeleri ile uyumlu bir mevzuatın hazırlanıp, yasalaştırılacağı taahhüt edilmiş olup, ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'nin 2009 tarihli raporu incelendiğinde görüleceği üzere AKP hükümeti son olarak 2009 yılında ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne hazırlanan tasarının yasalaşması ile birlikte işkolu barajının kaldırılacağı ve ILO Sözleşmeleri'ne uyum sağlanacağı taahhüdünü vermiş, 2011 yılında ise sosyal taraflarla mutabakat arandığını bildirmiştir.

ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi ile ILO Aplikasyon Komitesi'nin raporlarının açıkça gösterdiği üzere, ILO, hükümetten, Sözleşmenin 4. maddesine uyumlu biçimde, ihtiyari toplu pazarlık mekanizmasının geliştirilmesi ve bu mekanizmadan yararlanılmasını teşvik etmek ve desteklemek amacıyla sağlanacak ilerlemeyi bildirmesini talep etmiştir.

ILO denetim organlarının ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından 20 yılı aşkın süredir yaptığı işkolu ile işyeri/işletme barajının tümüyle kaldırılması çağrısı ve uyarısına rağmen 6356 sayılı Kanun ile getirilen yüzde 3 işkolu barajı ile bunu yüzde bire düşüren 6552 Sayılı Kanunda yapılan değişiklik de ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır. Ayrıca sendikal haklarda evrensel normları, bir başka deyişle demokratik toplum düzeninin evrensel ve çağdaş ölçütlerini belirleyen ILO sözleşmeleri ve tavsiye kararlarına aykırı olan söz konusu düzenlemeler Anayasanın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeni ilkesi gereği Anayasaya da aykırıdır.

Yine, Anayasa Mahkemesinin 19.10.1972 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan E.1970/48, K. 1972/3 sayılı kararı işkolu barajı bakımından emsal teşkil etmektedir. 274 sayılı Yasada 1317 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3'ünü üye yazmış olması şartı getirilmiş benzer biçimde federasyon ve konfederasyonlar için de 1/3 çoğunluk koşulu öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine, 274 sayılı Yasada 1317 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri Anayasaya uygunluk bakımından incelemiş; bu çerçevede 1/3 çoğunluk koşulunu aşağıda belirtilen gerekçeler ile Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir:

“6- 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değişik 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendinin a, b, c fıkralarında öngörülen en az 1/3 çoğunluk koşullarının Anayasaya aykırılığı sorunu:

Burada sorunun anlaşılabilmesi için önce dâva konusu kuralların kısaca açıklanması zorunludur. 274 sayılı Yasanın 9 uncu maddesi (Sendika, federasyon ve konfederasyonların kuruluş şartları) başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1 sayılı bendinde işçi sendikalarının aynı

işyerinde ya da aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler arasında veya birbirleri ile ilgili işkollarında çalışan işçiler arasında kurulacağı bildirilmektedir. 2 sayılı bendinin (a) fıkrasında bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye yazmış olması öngörülmektedir. Anılan 2 sayılı bendin (b) fıkrasında işçi federasyonlarının aynı işkolunda kurulmuş sendikalardan en az ikisinin bir araya gelmeleri ve o işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü bir araya getirmesi koşulları ile, (c) fıkrasında ise işçi konfederasyonlarının a ve b fıkralarına göre sendika ve federasyonlardan en az 1/3 ünü ve Türkiye'deki sendikalı işçilerin de yine en az 1/3 ünü üye olarak bir araya getirmesi koşulları altında kurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Davada anılan kurallarda öngörülen 1/3 sınırlandırmaların sendika ve sendika birlikleri kurma özgürlüğünün özüne dokunduğu, onun için de Anayasaya aykırı bulundukları ve bu bakımdan iptalleri gerektiği ileri sürülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere 9 uncu maddenin 2 sayılı bendinin (a) fıkrası kuralı ilk bakışta sendikanın kurulmasına ilişkin bir kural olmayıp işçi sendikasının Türkiye çapında görev yapabilmesi için konulmuş bir kuraldır. Bu kurala göre belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklanmaktadır. Demek ki, yazılışı bakımından yorumu yapılacak olursa, kuralın sendikaların kuruluşunu değil, yalnızca çalışma alanlarını sınırlandırmakta olduğu görülmektedir. Ancak her kuruluşun ereği, o kuruluşun gelişmesi ve çalışması olduğundan, işçi sendikasının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma, ister istemez, onun kuruluşunu da etkilemektedir; gerçekten çalışma alanı kuruluşundan önce sınırlandırılmış bulunan bir işkolu işçi sendikası, daha kurulurken gelişemez durumda ortaya çıkmış bir sendika niteliğindedir ve çalışması belli alanla sınırlı bulunan bir işkolu sendikasının genişlemesi olanağı yoktur; çünkü onun çalışmaları belli alan içinde sıkışıp kalacaktır ve daha başka alanlarda sendika çalışmaları yaparak yeni yeni üyeler kazanması ve gitgide büyüyerek Türkiye çapında çalışan ve etkili bulunan bir sendika durumuna gelmesi düşünülemez. Demek ki işkolu işçi sendikalarının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma sonuçta onların kuruluşunu iyice etkilemekte ve onları ölü doğmuş duruma sokmaktadır. Başka deyimle bir sendika kurulduğu anda o işkolundaki sigortalı işçilerin 1/3 ünü üye yazamayacağından, ancak kurulduktan sonraki çalışmaları ile kendisini beğendirip üye sayısını arttırabileceğinden, Türkiye çapında çalışma olanağı sağlanmayan sendika, Yasanın aradığı 1/3 sigortalı işçi sayısını üye yazma koşulunu gerçekleştiremeyecektir ve böylece tartışma konusu koşul yüzünden, Türkiye çapında çalışan sendikalar kurulması önlenmiş olacaktır.

Bir temel hakkın kullanılması olanağını kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını olağanüstü güçleştiren sınırlandırmalar, Anayasanın değişik 11 inci maddesi uyarınca o hakkın özüne dokunuyor demektir; bundan ötürü buradaki kural, sendikaların serbestçe kurulması özgürlüğünü tanıyan Anayasanın 46 ncı maddesine aykırıdır ve bu bakımdan iptali gerekir.

Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu doğurur ki bu da Anayasamızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasanın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 üncü maddeleri kurallarına aykırıdır. Çünkü sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine erdirmeye amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde gözönünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasanın 10., 11 ve 12. maddelerinde

gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdır. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2 nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasaya uygunluğu savunulamaz.

Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işverî sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.

Tartışma konusu bendin (b) ve (c) fıkralarında öngörülen 1/3 sınırlandırmaları dahi Anayasanın değişik 46 ncı maddesindeki birlik kurmak hakkının özüne dokunmaktadır; çünkü Anayasa, sendikalar gibi birliklerin de serbestçe kurulmasını güvence altına almıştır. Bir birliğin ilk kuruluşunda belli sayıda üyeyi veya işçiyi birleştirmesi olanağı saptanamaz. Sendikalar gibi birlikler dahi ancak kurulduktan sonra çalışmaları ile kendilerini beğendirip yeni yeni üyelerin birliğe katılmasını gerçekleştirebilirler.

Tartışma konusu sınırlandırmalarla işkolları işçi sendikaları arasındaki çekişmeye son verilmesi ereğinin güdüldüğü, uygulamada bir bölge sendikasının adının başına (Türkiye) sözcüğünü ekliyerek Türkiye çapında çalışan bir sendika niteliğinde olduğunu ortaya attığı, bu durumun Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve lokavt Kanununun uygulanması bakımından bir çok sorunlar doğurmakta olduğu, çok olduğu, çok sayıda işçilerin bir araya gelmesi yolu ile güçlü sendikalar kurulması zorunlu bulunduğu görüşleri yasama belgelerinde ileri sürülmüş ve bu görüşlere dayanılarak bu sınırlandırmalar savunulmuştur. İşçilerin ancak güçlü sendikalar aracılığı ile yararlarını koruyabilecekleri, güçsüz sendikaların artışının işçilere hiç bir yararı dokunmayacağı düşünceleri doğrudur ve bu sakıncaların önlenmesi yolunda birtakım yasal tedbirler alınması Anayasanın 5 inci ve 64 üncü maddeleri gereğince Yasa Koyucuya tanınmış yetkilerdendir. Kaldı ki son Anayasa değişikliği ile 46 ncı maddenin birinci fıkrasına (Bu hakların kullanılışında uygulanacak şekil ve usuller kanunla gösterilir.) kuralının eklenmesi ile Yasa Koyucunun daha önce de sahip bulunduğu düzenleme yetkisi ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır. Yalnız ereğe uygun olmayan, sendikalarla federasyon ve konfederasyon ve konfederasyonların kuruluşlarını daha başlangıçta olağanüstü zorlaştıran ve onların geniş ölçüde çalışmaları sonucunda kendilerini beğendirerek üye sayılarını artırmalarını engelleyici nitelikte olan bir düzenleme, Anayasaya uygun görülemez.

Özetlemek gerekirse; 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değiştirilen 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendi yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırıdır ve iptal edilmelidir.”

Her ne kadar yukarıdaki karar 1971 Anayasası ve 1/3 çoğunluk koşulu üzerine şekillense de karar gerekçesinin temelleri ve özü 6552 sayılı Kanunda yer alan işkolu barajı bakımından da kıyasen değerlendirilebilir.

Yukarıda genel hatları ile değerlendirilen,

6552 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile değiştirilen 6356 sayılı Kanun'un 41. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla" ifadesi, Kanunun 41. Maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yüzde birinin" ifadesi, 43. maddesinin ikinci fıkrasında "yüzde birinden" ibaresi ile dördüncü fıkrasında yer alan "en az yüzde birinden" ibaresi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 10., 12., 13, 49, 51., 53., 55. ve 90. maddelerine aykırı olup, söz konusu düzenlemeler, yukarıda genel hatları, aşağıda ise detayları ile sunulan gerekçeler nedeni ile iptal edilmelidir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Sosyal devletin en önemli unsurlarından birisi toplumun plüralist yapısının yapı taşlarından birisi olan sendikalar. Diğer bir ifade ile demokratik sosyal hukuk devletinin varlığı toplumdaki bireylerin bilinçli ve örgütlü olmalarına bağlıdır ve sendika gibi örgütlerin varlığı da demokratik sosyal devletin varlığını gerektirmektedir. İkisinden birisini kısıtlamak, diğerlerini ortadan kaldıracaktır. Bu madde ile sendikasızlaştırma yoluyla sosyal devlet ilkesi, sosyal devlette vatandaşların toplumsal mutluluk ve refahtan birlikte pay alması, insanca, hakça, adaletli bir düzende yaşaması şartı ortadan kaldırılmaktadır. Sendikalara toplu sözleşme yetkisi için çifte baraj getirilmesi, sonucunda yetki alamayan sendikalar hızla kapanacak, sendikasızlaşma sonucunda sosyal devlet ilkesi zedelenmiş olacaktır. Bu nedenle sosyal devlet ilkesine aykırı olan işkolu barajı, toplumun plüralist yapısını oluşturan sendikaların ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağından, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "sosyal devlet" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 5. maddesinde; Devletin temel amaç ve görevleri Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." denilmiştir.

Anayasa kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamayı görev edinmiş ve bu nedenle demokratik sosyal hukuk devleti ilkesini kabul etmiştir. Bunu bizzat kendi parasız eğitim, parasız sağlık gibi yollarla yerine getirebileceği gibi bizzat kişi ve grupların örgütlenerek ekonomik ve sosyal haklarını aramalarının yollarını açık tutarak da yapabilir.

Ancak işkolu barajları ile sendikaların toplu sözleşme yapma yetkisini ortadan kaldıran düzenleme, devlete verilen "Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan, siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" göreviyle bağdaşmamaktadır. İşçiler ekonomik ve sosyal şartlarını iyileştirmek, geliştirmek, korumak için bir araya gelerek sendikalar kuracak ve toplu pazarlık hakkından yararlanacaklardır. Toplu pazarlık yapamayan bir sendikanın işlevsizlik nedeni ile kapıya kilit vurması kaçınılmazdır. Ancak toplu pazarlık hakkı yetkisi, zaten sendikalaşmanın çok düşük olduğu ülkemizde toplu pazarlık hakkı bir de işkolu barajı ile ortadan kaldırılınca, işkolu barajını

geçemeyen sendikalar işyerinde ve işletmede işçilerin tamamını örgütleseler de yetki alamayacaklarından, işkolu barajı, işçilerin ve çalışanların temel hak ve hürriyetleri olan sendikal hak ve özgürlükler ile bu hak ve özgürlüklerin en önemli göstergesi olan toplu pazarlık hakkını ortadan kaldırdığı ve sendikal özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığı için Anayasanın 5. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, cinsiyet, sitasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğu; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket edeceği kurallaştırılmıştır.

Sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma temel bir Anayasal haktır. Ancak bir hakkın tanınması kadar, bu hakkın rahatça uygulanmasına olanak tanınmalıdır. Gerçekten hakkın tanınması kadar uygulanmasını sağlamak için makul, geçerli önlemler alınmalı yoksa hakkın göstermelik ve vitrinlik olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlüklerin korunması için yaptırımlar şarttır. Sendikal hak ve özgürlüklerin ihlali halinde sendikal tazminat, bu hakların ihlal edilmemesi için önemli ve caydırıcı bir yaptırımdır. Ancak Türkiye’de her 100 işçiden ortalama 6 sı sendikaya üye olduğu halde sendikal hak ve özgürlüğün önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları ile toplu pazarlık hakkının sendikanın elinden alınarak ortadan kaldırılması, sonunda bu sendikaların üyelerinin sendika seçme haklarına zorunlu müdahale olduğu için sosyal sınıflardan biri lehine imtiyazla sonuçlanmakta ve bu nedenle yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan Yasanın getirdiği düzenlemeyle işçilerin bir kısmının üye oldukları sendikalar işkolu barajını geçere ve toplu pazarlık hakkından yararlanırken, bir kısım işçilerin üye oldukları sendikaların ise ne kadar köklü olsalar da işkolu barajı nedeniyle toplu sözleşme hakkından yararlanamayarak fiilen ellerinden toplu sözleşme yetkisinin alınması, 40 yıl, 50 yıl gibi mazisi olan bu sendikaların çok eski üyelerinin sendika seçme haklarına devlet eliyle müdahale sonucunu doğurduğu ve yasanın uygulanması sonucunda birçok sendikanın kapanılması kaçınılmaz olduğu için, iptali istenen düzenleme bu açıdan da yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Anayasamızın 12. maddesinde, “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. denilmiştir.

Sendikal hak ve hürriyet insanın insanca yaşama, hak ve adalete, huzur ve refaha kavuşma mücadelesinde bir temel hak ve hürriyettir. Ancak her temel hak ve hürriyetin tanınması kadar Anayasanın 5. maddesinde belirtildiği üzere bunun korunması da şarttır. Sendika kurmak, kurulu sendikalar arasında seçim yaparak sendikaya üye olmak, sendikal faaliyette bulunmak olumlu/ pozitif sendikal hak ve özgürlüklerdir. Ancak bu hakkın işlevsel hale gelmesi, bu hakka tecavüz edildiğinde yaptırıma kavuşması ile mümkündür. Anayasamızda ve uluslararası sözleşmelerde sendika tekliği ilkesi değil, sendika çokluğu ilkesi belirlenmiştir. Demokratik sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de farklı fikirlerin tümüne özgürlük sağlanmasıdır. Sendikacılık konusunda herkesin aynı düşüncede olmasını beklemek mümkün değildir. Sendikalar siyasi parti değildir. Ancak sendikaların işçi haklarının savunulmasında farklı yaklaşımları olduğu temel gerçektir ve bu gerçek demokrasi ile uyumludur. Anayasamız ve uluslararası sözleşmeler gereği işçiler sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarına sahip oldukları gibi, kurulu sendikalardan birisini seçme hakkına da sahiptirler. Sendikayı seçme hakkı temel bir haktır. Kimse istemediği sendikaya üye olmaya zorlanamaz. Ancak sendikalara toplu pazarlık konusunda işkolu barajı getirilmesi neticesinde

bir kısım sendikalar toplu pazarlık yetkisi alamadıkları için kapanmak sonucunda kalacağından, üstelik bir çok işçinin 15, 20, 25 yıl gibi bu sendikalara üye olduğu düşünülürse sendika seçme temel hakkının devletin yaptığı yasa ile ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla yüzde bir oranındaki işkolu barajı sendikaların yetki alamaması sonucunda işlevlerini tamamen yitirmesi sonucunu doğurarak işçilerin sendika seçme hakkını ortadan kaldıracığından Anayasanın 12. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 13. maddesinde; “ Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Kuralına yer verilmiştir.

Sendikal haklar, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte uluslararası sözleşmelerde temel insan hakkı olarak kabul görmektedir. Anayasanın 51. maddesinde sendika kurma hakkı adı altında pozitif sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyette bulunma; 53. maddesinde toplu iş sözleşmesi hakkı; 54. maddesinde ise grev hakkı düzenlenmiştir. Günümüzün çağdaş demokrasilerinde ve uluslararası belgelerde sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı temel hak ve özgürlüklerden sayılmaktadır. 6552 sayılı Kanunla yüzde üçten yüzde bire düşürülen iş kolu barajı, güçlü sendikacılık adı altında bu haliyle dahi sendikasızlaştırmayı hedeflemektedir. Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik bir sosyal hukuk devletidir. Sendikalar çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak işkolu barajı getirilerek sendika kurma, üye olma, sendika seçme, toplu pazarlık hakkı gibi sendikal hak ve özgürlüklerin aşırı bir şekilde sınırlanması, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının, demokratik çoğulcu toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde sınırlanmasıyla sonuçlanmaktadır.

Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş ve “Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” denilmiştir.

Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmesi, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları koruması, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alması, yükümlülüklerini kendi ekonomik olanakları çerçevesinde adalete ve hakkaniyete uygun bir şekilde yerine getirirken; çalışma barışının sağlanması ise emek gücünden başka satacak hiçbir değeri olmayan çalışanların ve işçilerin korunması ile mümkün olabilecektir. İnsanların temel ihtiyaçları tatmin edilmediği sürece huzursuzluğun, gerilimin olması, mutsuzluğun artması kaçınılmazdır. Devlet yapacağı düzenlemelerle çalışma hayatına çalışanları korumak açısından müdahale ederek çalışma barışını sağlayacaktır. Sendika kurma, sendikaya üye olma, sendikal faaliyette bulunma temel hak ve özgürlüktür. Bu hakların tanınmasının amacı iktisadi yönden güçsüz olan ve kendisinin ve ailesinin geçimi için emek gücünden başka satacak hiçbir şeyi olmayan işçilerin topluca hak aramalarını sağlamaktır. Ancak sendikal hak ve özgürlükleri tanıyan devletin önce işkolu barajı arkasından işyeri ve işletme barajı getirerek hak ve özgürlükleri aşırı ölçüde kısıtlaması “çalışma barışını” ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir. İşkolu barajının altında kalan sendikalar toplu iş sözleşmesi yapamayacaklarından bu sendikaların eninde sonun da bu yasa iptal edilmedikçe veya çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletine yakışır bir yasa yapılmadıkça sendikasızlaşma artacak, çalışma barışı kalmayacak, anarşi ve kargaşa atağa kalkacaktır. Bununda ötesinde mevcut yasada büyük bir kesim işçi için sendikal güvence tanınmaması hızla sendikasızlaşmayı getirecek,

sendikasılaşma sonucunda düşük ücret ve kötü koşullarda çalışma, ücretli köleliği, sefalet ve yoksulluğu getireceğinden çalışma barışının bozulması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenlerle iptali istenen düzenleme Anayasanın 49. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinde “Sendika Kurma Hakkı” tanınmış; sendikal özgürlükler düzenlenmiş ve sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir.

Her ne kadar maddenin başlığında sadece sendika kurma hakkından bahsedilmekte ise de, içeriğinde kurulan sendikalara üye olma, farkı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyete katılma, sendikaya üye olmama, üyelikten serbestçe çekilme hakları Anayasal güvence altına alınmıştır. Maddede sendikaların üyelerinin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmekten söz edilerek sendikal özgürlükler yanında sendikal faaliyetin de koruma altına alındığı anlaşılmaktadır.

Sendikal hak ve özgürlükler üç tür özgürlük getirmektedir. Sendikaya kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı olumlu (pozitif) sendika özgürlükleridir. Sendikaya üye olmama ve üye olunan sendikadan serbestçe çekilme hakkı olumsuz (negatif) sendika özgürlüğüdür. Sendikaların üyeleri ile birlikte yaptığı toplu pazarlık, arabulucuya başvurma, uyuşmazlık çıkarma ve grev hakları ise kolektif sendikal hak ve özgürlükleridir.

Anayasamız ve ülkemizin de bir yasa ile benimsediği uluslararası sözleşmeler sendikal hak ve özgürlükleri (sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma; sendikaya üye olmama, sendikadan çekilme ve kolektif sendikal hak ve özgürlükleri) ayırım yapmaksızın tüm işçilere istisnasız tanımıştır. 1983 yılında 2821 sayılı Sendikalar Yasası ile işkolu barajı getirildiği ve yasanın çıktığı tarihte bir çok sendika fiilen işkolu barajının altında kaldığı halde kağıt üzerinde bu yasanın çıktığı tarihe kadar barajı geçmiş gösterildiği bilindiği halde ve üstelik 1983 yılından bu yana siyasi iktidarların tutumu, mahkemelerin sendikal tazminata yaklaşımları, dünyada global ekonomi altında yeni bir sömürü dalgasının yayılması ve sermayenin küreselleşmesi ile ciddi bir şekilde tüm dünyada olduğu gibi sendikaların üye sayılarını hızla kayıp ettiği, 12 Eylül Askeri Rejimi ile 1980 yılında kapatılan DİSK’e bağlı sendikaların 1992 yılında tekrar faaliyete geçebildiği ve yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden 6 sının sendikalı olduğu göz önüne alınmaksızın yetki düzenlemesi başlığı altında önce işkolu barajının, arkasından işyeri ve işletme barajlarının getirilmesinin amacı çok açık bir şekilde sendikasılaştırmaktır. Göz önüne alınması gereken 1963 yılında yürürlüğe giren 274 ve 275 sayılı Yasalarda toplu pazarlık açısından hiçbir sınırlama olmamasına rağmen, 2821 sayılı Yasa ile Sendika Kurma Hakkına aykırı bir şekilde önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları getirilmiştir. 2003 yılından bu yana sürekli olarak ileri demokrasi iddiasında ve 12 Eylül Anayasasını değiştirmek iddiasında olan siyasi iktidar yasanın 41. maddesinde getirdiği işkolu ve ardından işyeri ve işletme barajları ile (çifte baraj) tam tersini yapmış, sendikaların kurulmasını ve faaliyetlerini koruyup güvence altına alacağına, baraj yöntemi ile dolaylı yoldan sendikaların kapatılması, toplu pazarlık hakkının kaldırılması için yasa yapmıştır. Anayasanın Sendika Kurma Hakkını düzenleyen 51. ve Toplu İş Sözleşmesi Hakkını düzenleyen 53. maddesinde işkolu ve işyeri barajları yer almamaktadır. Anayasada yer almayan işkolu barajı sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak etkilediği gibi, toplu pazarlık hakkına da ağır bir darbedir. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak ortadan kaldıracak olan işkolu barajı, Anayasanın 51. maddesindeki sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmamakta; sendikal özgürlükleri sınırlama ölçütleriyle uyusmamaktadır.

Anayasanın 53. maddesinde toplu sözleşme hakkı düzenlenmiş ve “İşçiler ve işverenler,, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.” denilmiştir.

İşkolu barajı ile Anayasada güvence altına alınan toplu sözleşme hakkı ağır bir biçimde ihlal edilmiş ve hem doğrudan hem de dolaylı olarak kısıtlanmıştır.

İşkolu barajı doğrudan doğruya sendika kurma ve toplu pazarlık hakkına, hakkın özüne aykırı olduğu kadar işkolu barajı getirilmesinin amacı güçlü sendikacılık değil, sendikal hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasıdır ve sermaye sınıfının, işverenlerin talebi üzerine İLO normlarına, Uluslararası Sözleşmelere ve Anayasaya aykırı olarak getirilmiştir.

İşkolu barajı ile önceden izin almaksızın serbestçe sendika kurma hakkı işkolu barajını aşamayan sendikaların yetki talep edememesi nedeniyle muvazaalı bir biçimde sınırlandırılmaktadır.

Sendikaların amacı işçilerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmektir. Bunun için ellerindeki en büyük hukuki araç toplu pazarlık yolu ile toplu iş sözleşmesi bağlatmaktır. Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sonra ermesine ilişkin normatif (kural getiren) hükümler ile işçi ve işveren arasında borç doğurucu hükümleri de içeren kolektif bir sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri aynen bir kanun maddesi gibi iş sözleşmelerini doğrudan doğruya ve otomatikman etkilerler. İş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri alır ve iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri doğrudan doğruya ve otomatikman uygulanırlar. Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı Anayasanın 51. ve 53. maddesinde düzenlenen kolektif bir haktır. Üstelik bu hak 1963 yılında koşulsuz olarak bütün sendikalara tanınmış, ancak 12 Eylül Rejimi ile baraj getirilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere 1983 yılından bu yana iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı %100 artmasına rağmen sendikalı işçi sayısı 1983 rakamları itibarıyla yarı yarıya azalmıştır. Üstelik 12 Eylül Darbesi ile DİSK gibi özellikle özel sektörde örgütlü olan bir konfederasyon ve ona bağlı sendikalar kapatılmış, yöneticileri, temsilcileri ağır işkencelerden geçmiş, mal varlıklarına el konulmuş, ancak 1994 yılında aklanarak tekrar faaliyete geçmişlerdir. DİSK’e bağlı birçok sendikanın tarihi 1963’lere kadar gitmektedir. Bu sendikalar en olumsuz koşulları yaşamalarına rağmen yıllarca çalışan yüz binlerce işçi için hak aramışlar toplu sözleşmeler yapmışlardır. Yine aynı şekilde 1960’lı yıllardan bu yana hak arayan üyeleri için toplu sözleşmeler bağtlayan Türk-İş’e bağlı bir çok sendika iş kolu barajı nedeniyle toplu sözleşme yetkisini kayıp etmektedir. Yıllarca Türk-İş’e bağlı sendikalara, Hak-İş bağlı sendikalara üye olan ve gönül veren işçilerin sendikaları işkolu barajı nedeni yetki alamadığı için kapanma tehlikesi ile karşı karşıyadırlar. Bir yerde yukarıda belirttiğimiz üzere işkolu barajını düşürdük gerekçesi ile bu işçiler sendikasızlaştırılmaktadır. Bunun anlamı 40 yıldır toplu sözleşme yetkisine sahip olan sendikaların bir anda işkolu barajı ile toplu sözleşme yetkisi alamadıkları için önce tabela sendikalarına dönüşmesi ardından kapanmaları ve üyelerinin sendikasız kalmalarıdır. Sendikasız kalan işçilerin yetki alan sendikalara üye olabileceklerini söylemek Anayasanın 51. maddesindeki kurulu sendikalardan birine üye olmak, diğer bir ifade ile sendika seçme hak ve hürriyetine aykırılıktan başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile yıllardır işçilerin üye olduğu sendikaların baraj getirilmesi neticesinde barajın altında kaldığı için toplu sözleşme yetkisi alamaması, bireysel sendika özgürlüğüne, sendikaya üye olma hak ve

özgürlüğüne, sendika seçme özgürlüğüne aykırı olduğu kadar, kolektif sendikal hak ve özgürlüklere de açıkça aykırıdır. Bu nedenle iptali istenen düzenleme, Anayasanın 53. maddesindeki toplu pazarlık hakkına da aykırıdır.

Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kuralına yer verilmiştir.

Anayasamızın 90. maddesi gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir yasa ile uygun bulduğu sendika kurma temel hak ve özgürlüğüne ilişkin andlaşmalar ve maddeleri şunlardır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

“Md. 20/1 Herkes, barışçı toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir.”

Md. 23/1 Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

Md. 23/2 Herkesin herhangi bir ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret hakkı vardır.

Md. 23/4 Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı vardır.”

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (23/4) maddesi ile bir kısıtlama getirilmeksizin herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı olduğu belirtilmiştir. Ancak, 6356 sayılı Kanundaki iş kolu ile işyeri ve işletme barajları, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20/1., 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerindeki düzenlemelerle bağdaşmamaktadır. Sendika kurma hakkı çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletinde örgütlenme/dernek kurma hakkının bir çeşididir. Herkesin ayırım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret altında olması ancak teorik ve pratik olarak sendikaların çatısı altında toplanması, işverenlerin takdirinden insafından kurtarılması ile mümkün olur. Ancak işkolu barajı sendikaların kurulmasını ve faaliyette bulunmasını güçleştirmek bir yana imkansızlaştırma noktasına taşımaktadır. Sendikasızlaştırmayı gerçekleştirmek için barajlarla sendikalaşma hakkına bilerek ve isteyerek ihlal etmek işverenlere ucuz ve kural dışı işçi çalıştıracak bir ortam yaratmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle iş kolu barajı Sözleşmenin 20/1, 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerine aykırıdır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin özellikle tüm işçilerin en azından adil bir ücretle ayırım gözetilmeksizin eş değerde işler için eşit ücretlendirme; Sözleşme hükümlerine uygun olarak kendileri ve aileleri için insanca bir yaşam düzeyi sağlayacak bir ücret düzeni; güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları; kıdem ve yeterlilik dışında hiçbir koşula bağlı olmaksızın işinde uygun bir düzeye yükselmek üzere eşit ilerleme fırsatı; dinlenme, boş zaman ve makul çalışma süresi ve ücretli dönemsel tatillerle, resmi tatillerde ücret verilmesini sağlayacak adil ve elverişli çalışma koşullarından herkesin yararlanma hakkını tanımları öngörülmüş; 8. maddesiyle ise, sendika kurma hakkı, sendikaya üye olma hakkı, sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı, sendikaların ulusal federasyon ya da konfederasyonlar kurma ve

konfederasyonların uluslararası sendika örgütleri oluşturma ya da bu örgütlere üye olma hakkı tanınmıştır.

Söz konusu 7. maddedeki amaçların gerçekleşmesi ancak 8. madde de herhangi bir sınırlama getirilmeden tanınan sendikalaşma hakkı ile mümkündür. Söz konusu baraj koşulu ile bırakın yeni sendikalar kurulmasını mevcut sendikalar kapanacak işçiler sendikası kalacaktır. Bu nedenle iptali istenen düzenlemeler Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Uluslararası Sözleşmesinin 7 ve 8. Maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (22/1) maddesinde, herkesin başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahip olduğu; bu hakkın, herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerdiği belirtilirken, 26. Maddesinde, herkesin yasa önünde eşit ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İşkolu barajı kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 22/1 ve 26. maddesine aykırıdır. İptali istenen düzenleme ile 49 yıldan bu yana toplu sözleşme yapma yetkisi olan birçok sendika ilk etapta bu yetkisini kayıp edecektir. Bu sendikaların üyeleri Anayasanın ve Sözleşme'nin tanıdığı sendikal hak ve özgürlüklerini koruyamayacaklardır. İşkolu barajı, Anayasanın 10. maddesi ile getirilen eşitlik ilkesini farklı bir biçimde düzenleyen Sözleşmenin "Herkes Yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir" düzenlemesine de aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (11/1) maddesinde, "Herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma hakkı vardır. Bu hak, yine herkesin çıkarlarını korumak amacıyla, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir." denilmiştir.

Emek gücünden başkaca satacak hiçbir şeyi olmayan işçiler korunması olması gerekirken, işverenlerin baskısı ile sendikasızlaştırmayı gerçekleştirmek, sendikaların kurulmasını engellemek için iş kolu barajı düşürülüyor görüntüsü altında baraj sürekli kılınarak, mevcut sendikalar baraj altında kalmakla yüz yüze bırakılmıştır. İş kolu barajının varlığı, Sözleşmenin (11/1) maddesindeki, "herkesin çıkarını korumak amacıyla sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir" kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. Bölüm 5. maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenme özgürlüğüne hakkı vardır." denilirken; 6. maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların toplu pazarlık hakkı vardır." denilmiş; 2. Bölüm 5. maddesi, "Sözleşmeci taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ya da bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak ya da geliştirmek üzere, ulusal yasaların bu özgürlüğü zedelemesini ya da zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi üstlenir." şeklinde kurallaştırılırken; 6. maddesi, "Toplu Pazarlık Hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere Sözleşmeci Taraflar ;

1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi;

2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların ya da çalışan örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemi geliştirmeyi,

3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi üstlenir ve

4. Çıkar çatışması durumunda çalışanların ve çalıştıranların yürürlükteki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır.” şeklinde kurallaştırılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Medeni Milletler Toplumunun bir üyesi olmak amacındadır. Buradan anlaşılması gereken, insanın sırf insan olmasından ve eşit ve özgür yaratılmasından dolayı kendisini gerçekleştirebilmesi için üzerindeki siyasal, ekonomik, toplumsal her türlü baskıyı kaldırarak kendini toplum içinde huzurlu, mutlu, güvenli, endişesiz, kaygısız hissedebilecek bir toplum kurmak ve bu toplumu kurarken aklı, bilimi, mantığı, adaleti, eşitliği, hakkaniyeti egemen kılmaktır. Bunun için aynı çıkarları taşıyanların diğer çıkar gruplarının haklarına zarar vermeden örgütlenmeleri ve birlikten güç doğar mantığı ile hak aramaları çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletlerinde temel bir ilkedir. Bu nedenle nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan emek gücünü satarak çalışanların örgütlenmeleri esas olup, bu örgütlenmelerin, örgütlenme özgürlüğünün özüne gereksiz yere aşırı sınırlamalar getiren düzenlemeler uluslararası hukuk bağlamında geçerli değildir. Bu nedenle Avrupa Sosyal Şartı sendika, toplu pazarlık ve grev haklarını her hangi bir sınırlama getirmeden tanımıştır. Ancak işkolu barajı sendika kurma, sendikaların varlığını koruma ve sürdürme hakkını yasal yoldan ortadan kaldırdığı gibi, işkolu barajını geçemeyen sendikaların toplu sözleşme yetkisi ile grev haklarını ellerinden alarak hem bu sendikaları dernek, sendika üyelerini de dernek üyesi durumuna dönüştürmüştür. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Avrupa Sosyal Şartı’nın yukarıda yer verilen hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (İLO) 87 Sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin;

1. maddesi, “Hakkında bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü’nün her üyesi aşağıdaki hükümleri yerine getirmeyi üstlenir.”

2. maddesi, “Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olma hakkına sahiptir.”

3. maddesi, “1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

2. Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar.”

5. maddesi, “Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, federasyon yada konfederasyon kurma ve bunlara üye olma ve her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslar arası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma hakkına sahiptirler.”

8. maddesi, “1-Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar.

2- Yasalar, bu Sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz.”

11. maddesi, “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür.”

Kurallarına amirdir.

ILO’nun 87 sayılı Sözleşmesinin 1., 2., 3/ 1 ve 2, 5., 8. 8/ 1 ve 2, 11. maddeleri açıktır. Çalışanların ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve kollamak, geliştirmek için sendika (Birlik, union, koalisyon, örgütlenme) hakları vardır. Bu hakların kullanılmasında taraf devletler sınırlayıcı değil, kolaylaştırıcı önlemler getireceklerdir. 8. maddenin ikinci fıkrasında açıkça yer alan “Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz” ve 11. maddede yer alan “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür” düzenlemeleri bu hususu ortaya koymaktadır. Türkiye gibi gelir adaletsizliğinin çok büyük boyutlarda olduğu, kayıt dışı ekonominin kayıt içi ekonomiyi geçtiği, üstelik yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden altısının sendika üyesi olduğu herkes tarafından bilinmesine rağmen, sendikalaşmayı engellemek ve 50 yıldır var olan sendikaları kapatmak ve işlevsizleştirmek amacı ile getirilen önce işkolu ve sonra işyeri ve işletme barajları, 87 sayılı Sözleşmenin hem tamamının lafzına, özüne ve ruhuna aykırılık taşımaktadır.

ILO’nun Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulamasına Müteallik 98 sayılı Sözleşmenin 4. Maddesi,

1. maddesi, “1.İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine helal getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.

2. Böyle bir himaye bilhassa, Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak.

Bir sendikada üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakatı ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu izrar etmek; maksatlara müteallik hususlarda uygulanacaktır.”

2. maddesi, “1. İşçi ve işveren teşekkülleri, gerek doğrudan doğruya, gerek mümessilleri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerine müdahalede bulunmalarına karşı gerekli surette himaye edileceklerdir.”

4. maddesi, “Çalışma şartlarını kolektif mukavelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirebilmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır.”

Şeklindedir.

Sendika Kurma, Toplu Pazarlık ve Grev Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler Arasında Olup, ILO'nun Söz Konusu Haklara İlişkin 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeleri'ne ilişkin Doktrin Görüşleri aşağıda sunulmaktadır :

Evrensel ölçekte sendika kurma, örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakları; “ikinci kuşak” insan hakları olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında olup; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “temel insan hakları sözleşmeleri” olarak nitelendirilen 8 sözleşmesi arasında yer almaktadır ((Mesut, Gülmez. 2005. “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”. Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı.4, s.37 - 38).

ILO'nun 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'nin 4. Maddesi şu şekildedir:

“Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır”. Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddenin ortaya çıkışını tarihsel seyri içinde ele aldıktan sonra maddeyi şu şekilde yorumlamaktadır:

“98 sayılı Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde güdülen temel amaç, sendikacılık eyleminin, işverenlerin ya da örgütlerinin çalışan örgütleriyle toplu pazarlığa girmekten sistemli biçimde kaçınmaları sonucu kötüleşmesini önlemektir. Hükümet ve kamu yetkililerinin bu amacı gerçekleştirici doğrultuda, gönüllü (isteğe bağlı) toplu pazarlık sürecini kısıtlayıcı değil geliştirici bir tutum izlemesi, ancak bunu yaparken de tarafların toplu sözleşme bağitleme özerkliğine dokunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, toplu pazarlık yönteminin geliştirilmesini amaçlayan önlemlerin, çalışma ilişkilerinin toplu düzeyde işlerlik kazanmasına, çalışma koşullarıyla ekonomik ve toplumsal durumlarını özgür iradeleriyle üretecekleri kurallarla ve kamudan gelebilecek her türlü karışmadan uzak biçimde düzenlemelerine olanak verilmesi gerekir.

Öte yandan gerektiğinde “ulusal koşullara uygun önlemler” alınmasından söz edilmiş olması, Sözleşme'nin temel amaç edindiği gönüllü toplu pazarlığı geliştirme ve yaygınlaştırma ilkesini kısıtlayıcı düzenlemeler yapılmasına olanak vermez ... Sözleşmenin 4'üncü maddesi, geliştirilmesini zorunlu tuttuğu gönüllü toplu pazarlığın taraflarını, birey olarak çalıştıranlar ya da çalıştıran örgütleri ile çalışan örgütleri biçiminde saptamıştır. Toplu pazarlığın çalışan (işçi) tarafı için birey olarak çalışanlara değinmeyen Sözleşme, çalışan örgütlerinin nitelik ve düzeyi yönünden de herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla çalışan örgütlerinin alt yada üst düzey örgütleri olmaları yada işletme, işyeri ve işkolu temellerine dayalı olarak kurulmuş bulunmaları yönünden hiçbir ayırım gözetmemiştir”. (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.366-377).

Prof. Dr. Mesut Gülmez'in 2822 sayılı Yasa'ya ilişkin yaptığı değerlendirme, 6356 sayılı Kanun bakımından da güncel ve geçerlidir: “Çünkü yasa koyucunun bu alandaki karışması, sendika hak ve özgürlüğünün en temel yönlerinden birini oluşturan toplu pazarlık hakkını kısıtlamaktadır. Oysa bu karışma, daha önce vurgulandığı gibi, toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olmak zorundadır” (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların

Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.440).

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut ise 6356 sayılı Kanunu uluslararası normlara uyum bakımından incelediği makalesinde, ILO'nun toplu iş sözleşmesi yetkisine ve işkolu barajına ilişkin Türkiye'yi eleştirdiğine ve değişiklik talep ettiğine işaret ederek; "Bazı işkollarında % 1 oranının sağlanamaması sendikal örgütlenmenin içinde bulunduğu durumu gösterirken, aynı zamanda bu oranın ülkemiz gerçeklerine uygun olmadığını da ortaya koymaktadır" tespitini yapmıştır (Gülsevil Alpagut. 2012. "6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. Cilt 9. Sayı 35. s.36,39).

Daha önce belirttiğimiz üzere toplu pazarlık usulünü teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde alınacak önlemlerin, gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine uyumlu ve toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olması gerektiği gibi; milli şartları da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Prof. Dr. Gülsevil Alpagut'un isabetle işaret ettiği üzere yüzde 1 işkolu barajı, ülke gerçeklerine, bir başka deyişle milli şartlara uygun değildir. Bu yönüyle de gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine aykırı ve toplu pazarlığı güçleştirici bir sınırlama getirmektedir.

Prof. Dr. Toker Dereli ise 6356 sayılı Kanunu değerlendirdiği makalesinde, işkolu barajının yüzde 10'dan yüzde 3'e çekilmesine ilişkin olarak, "Oysa ILO organlarının içtihatlarına göre, çalışanların toplu pazarlık hakkını kısıtlayan işkolu ya da ulusal düzeydeki sayısal temsil koşulları örgütlenme ve toplu pazarlık özgürlüklerine aykırıdır... İşkolu barajındaki bu indirimle rağmen sendikacılığımız ve ILO ilkeleri yönünden işkolu barajının önemi devam edecektir" dedikten sonra, yeni Kanunun öngördüğü baraj sisteminin çok sayıda sendikayı toplu sözleşme ehliyetinden mahrum bırakacağına işaret ederek, "Ulaşılan bu vahim noktada öteden beri asgari işkolu barajının kalkmasını savunan uluslararası ve ulusal çevrelerin ne kadar haklı olduklarının artık teslim edilmesi gerekir" tespitini yapmıştır (Toker, Dereli. 2013. "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, Sayı 36, ss.56-57).

Dolayısıyla ILO Sözleşmeleri ve ILO denetim organlarının görüş, gözlem ve eleştirilerine göre oranından bağımsız olarak tümüyle kaldırılması gereken işkolu barajının, yüzde 10'dan yüzde 3'e ve oradan da 1'e indirilmiş olması, ILO Sözleşmeleri ve normlarına uyum sağlandığı anlamına gelmemektedir.

Yukarıda alıntılanan tespitin 1989-2007 yılları arasında 19 yıl boyunca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ILO Aplikasyon Komitesi Hükümet Sözcüsü görevini de yürüten sayın Prof. Dr. Toker Dereli tarafından yapılmış olması ayrıca önemlidir. ILO Konferanslarına yıllarca katılan, ILO denetim organlarının Türkiye'deki sendikal mevzuata ilişkin tespitlerini yakından bilen ve Hükümet adına ILO'nun eleştirilerini yanıtlayan Prof. Dr. Toker Dereli, sendikal mevzuatta değişikliğin öngörüldüğü süreçte, 2008 yılında yazdığı bir makalede, o dönem işkolu barajının tümüyle kaldırılmasını öngören taslağı olumlu bulduğunu belirtmiş; ILO Sözleşmeleri'ne uyumun ancak ve ancak işkolu barajının tümüyle kaldırılması ile mümkün olacağını şöyle vurgulamıştır:

"Toplu iş sözleşmesi yetkisi için 2822 sayılı Yasa'da mevcut, iş kolunda %10 temsil koşulunun kaldırılması 98 sayılı sözleşme ile uyumludur.

Bilindiği gibi bu baraj ILO'nun 1980 li yıllardan bu yana, AB'nin de birkaç yıldır en fazla eleştirdiği konuların başında gelmekteydi. Ancak bu kez de yetki için ilgili sendikanın belli özellikleri olan bir konfederasyona üye olması ön koşulunu, ILO'nun yine 98 no'lu sözleşmeye aykırı bularak eleştirme olasılığı yüksektir. Nitekim Uzmanlar Komitesi'nin 2007 yılına ilişkin gözlemlerinde Bulgaristan böyle bir düzenleme nedeni ile 98 sayılı sözleşme bağlamında eleştirilmiştir. Aplikasyon Komitesi'ndeki işçi ve işverenlerin grup sözcüleri Bulgaristan'da bir sendikanın iş kolu düzeyinde toplu sözleşme yapabilmesi için bir konfederasyona üye olması koşulunun kabul edilemez olduğunu, hükümet temsilcileri karşısında vurgulamışlardır. Kaldı ki, bu koşulun Türkiye'de işyeri veya işletme yetkisi için getirilmesi konuyu eleştiriye daha da açık hale getirebilecektir.

Benzer bir düzenlemenin Belçika'da var olduğunu ileri sürüp savunma yapmak da güçtür. Bilindiği gibi Belçika'da bu koşulla birlikte çok katmanlı ve geniş kapsamlı toplu sözleşmeler yapmaya olanak sağlayan esnek bir toplu pazarlık yapısı mevcuttur. Bu nedenlerle Türkiye için ILO'yu ve AB'yi tatmin edecek alternatif, ön barajı tamamen kaldırmak, işyerinde yarıdan bir fazla çoğunluk koşulunu muhafaza etmek, yani 275 sayılı Kanun'un sistemine dönmek olabilir. (Toker Dereli. 2008. "ILO ve AB Normları Açısından 2821 ve 2822 Sayılı Kanunlar". İşveren Dergisi. Haziran 2008)

Benzer bir tespit, 1991-2000 yılları arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Danışmanı olarak görev yapan, 1991-2003 yılları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansları'na "Hükümet Danışmanı" sıfatı ile katılan Prof. Dr. Savaş Taşkent tarafından da yapılmıştır. Prof. Dr. Savaş Taşkent, bir sempozyumda yapılan tartışmalar sırasında, daha önce yüzde 10 barajını savunduğunu ancak görüşünü değiştirdiğini belirterek şu tespitleri ifade etmiştir:

"...Değirmek istediğim ikinci ve çok önemli bir sorun % 10 barajı. Değerli arkadaşım % 10 barajının hala uygulama alanında olması, örgütlenme açısından yararlıdır dedi. Pratikte problemler yarattığını kabul ediyorum dedi ama, objektif olarak böyle bir baraj güçlü sendikacılık açısından gereklidir. Ben de uzun yıllar bunu savundum ama artık 2000'li yıllara gelirken düşünüyorum; 16 yıl devlet desteği yetmez mi diyor. Bir yandan diyoruz ki sendikalar üzerinde devlet etkili olmasın, sendikalar özgürlüğü devletten bağımsızlığı gerektirir. Ama 16 yıllık bir uygulamadan sonra hala diyeceğiz ki, sendikacılar bir araya gelsinler, birleşsinler ki, işverenler karşısında güçlü olsunlar, bunun için devlet ağırlığını koysun. İşte bu noktada artık ben görüşümü değiştirdim, değiştirmemin bir de uluslararası boyutu var. Şimdi sayın Kutsal hocam belirtti; ay sonunda Haziran başında uluslararası çalışma teşkilatının Cenevre'de yine toplantısı var. Türkiye uzun yıllardan bu yana bu % 10 barajı yüzünden gündemde. Önceleri bunu pek yadırgamıyordum ama değerli arkadaşlarım, giderek insanın kanına dokunur hale geldi. Size şimdi isim vereceğim hangi ülkeler yüzünden şu % 10 barajı yüzünden gündeme alınıyoruz. Kolombiya, Hırvatistan, Malezya, Endonezya, adını bile bilmediğimiz Mirimmar, nerde olduğunu ben de bilmiyorum, bu ülkelerle birlikte % 10 barajını kaldırmadığımız için uluslararası platformda Türkiye olarak son derece zor bir durumda kalıyoruz, hesap vermek zorunda kalıyoruz ve bunu da, politika açısından bakarsak, Yunanlı kişiler, orda bulunan ve diğerleri büyük bir zevkle destekliyorlar, Türkiye gündeme alınıyor. Her iki durumda hem ulusal, 16 yıllık devlet desteği artık yeterlidir, sendikacılarımız, işçilerimiz kendileri birleşmenin güçlülüğü getireceğini görsünler, ikincisi de bu yüzden artık Türkiye hesap vermek durumunda kalmasın, hesap vereceği zaten çok konular var, 158 bunun başında geliyor. O nedenle % 10 barajının kaldırılmasının artık yararlı olacağını düşünüyorum. Teşekkür ederim" (Savaş Taşkent. 1999. "1.Gün 2. Oturum Tartışmalar" Türkiye'de Sendikal Örgütlenme

Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. ss. 104-105).

Benzer bir yakınma, 1993, 1994 ve 1998 yıllarında ILO Konferanslarına “Hükümet Danışmanı” sıfatı ile katılan Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından da yapılmıştır: “Uluslararası sözleşmelerin uygulanmaması konusunda en fazla sıkıntıları çekenlerden birisi de benim. Çünkü sayın Kutal hocamla, sayın Toker Dereli hocamla, sayın Ulucan’la, sayın Savaş Taşkent’le ILO toplantılarına katıldığımızda biz hesap vermek zorundayız”. Savaş Taşkent. 1999. “2.Gün 2. Oturum Tartışmalar” Türkiyede Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. s.225).

ILO’nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi’nin 2. maddesi şu şekildedir:

“Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler.”

Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddeyi yorumlarken, “seçtikleri örgütleri kurma ve bu örgütlere üye olma hakkı”nı şu şekilde açıklamaktadır:

“Sendika özgürlüğünün temel öğelerinden birini oluşturan bu ilke, çalışanların sendikaların yapısını ve bileşimini özgürce belirleme hakkı yanı sıra, çeşitli (işletme, işkolu ve ulusal) düzeylerde bir ya da birden çok örgüt kurma ve bunlardan birine üye olma hakkını da kapsar. Böylece 87 sayılı Sözleşme, birçok ülkede geçerli olan “sendika çokluğu” ve dolayısıyla “sendika seçme özgürlüğü” ilkesini benimsemiştir. Bu nedenle de, işletme yada ulusal düzeylerde, çalışanların çeşitli sendikal örgütler arasında seçme yapmasına olanak vermeyen ulusal düzenlemeler, Sözleşme’ye aykırı düşecektir” (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.172).

Ayrıca Prof. Dr. Mesut Gülmez, 2822 sayılı Yasa’ya ilişkin yaptığı değerlendirme, işkolu barajı ve işyeri/işletme barajının ILO’nun 87 sayılı Sözleşmesi’nin 2. maddesine aykırı olduğunu açıkça vurgulamıştır.

“Öte yandan, yasanın aradığı iki aşamalı çoğunluk koşulu, 87 sayılı Sözleşme’de güvence altına alınan “çalışanların seçtikleri örgütleri özgürce kurma ve onlara üye olma hakkı”nı olumsuz yönde etkilemek, daha açık bir deyişle sendika sayısını yasa koyucunun karışmasıyla, zoruyla azaltmak amacına yöneliktir. Oysa denetim organları, değindiğimiz kararlarında bölünmüş, güçsüz ve sayıca çok bir sendikacılık yanlısı olmadıklarını açıklamakla birlikte, bunun yasalarda öngörülen zorlayıcı kural ve koşullardan ileri gelmesine karşı çıkmıştır. Dolayısıyla 2822 sayılı yasanın bu kuralı, gönüllü toplu pazarlığın geliştirilmesi ilkesine aykırılığı yanı sıra, sendikaların toplu pazarlık yoluyla üyelerinin çıkarlarını koruyup geliştirme hakkına getirilmiş bir kısıtlamadır. Ve 87 sayılı Sözleşme’nin güvence altına aldığı “çalışan örgütlerinin etkinliklerini düzenleme ve eylem programları oluşturma hakkı”na aykırıdır”. (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.441).

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini yalnızca işkolu düzeyinde kurulmuş ve Kanunun öngördüğü baraj şartlarını yerine getirmiş sendikalara tanımaktadır. Bu yönüyle sendikaları, işçilerin kurduğu ve üye olduğu diğer her türlü örgütten, dernekten, vakıftan, sandıktan, kurum ya da kuruluştan ayıran en önemli husus, “toplu iş sözleşmesi” yapabilmeleridir. Öte yandan 6356 sayılı Kanun “grev hakkı”nı yalnızca toplu iş sözleşmesi sürecinde yaşanan anlaşmazlık halinde tanıdığı için, Kanun’a göre, yasal bir grevi ancak ve ancak toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan ve bu ehliyetini bir işyeri da işletmede yetki alarak somut olarak yaşama geçirmiş, Kanunun öngördüğü prosedür ve usul içinde toplu sözleşme görüşmelerinde anlaşmazlık çıkması halinde kullanacak olan Sendikalara tanımıştır. Kısacası, 6356 sayılı Kanuna göre, işkolu barajı şartını yerine getirmek, sendikaların toplu sözleşme ve grev yapabilmelerinin ön koşuludur.

Bu yönüyle, iptali istenen yüzde bir şartını karşılamayan sendikalar, bir sendikayı sendika yapan, diğer örgütlerden ayıran en önemli işlevlerinden, toplu iş sözleşmesi ve grev hakkından mahrum bırakılmaktadır. Eski Türk-İş Genel Başkanlarından Halil Tunç’un ifadesiyle, “Toplu iş sözleşmesi hakkından, grev hakkından yoksun bir sendikacılık hareketine, sendikacılık hareketi demeye imkan yok. Çünkü toplu sözleşmeler, sendikaların şah damarıdır. Şah damarı olmadan bir hareket başarılı olamaz. Toplu sözleşmeyi sınırladınız mı, toplu sözleşmeyi kaldırdınız mı sendikaların şah damarını kesmiş sayılırsınız. Onun için iki müesseseyi birlikte mütalaa etmek gerekir. Sendikacılığın var olduğu yerde sözleşme vardır. Sözleşmenin var olduğu yerde sendikacılık vardır” (aktaran Murat Özveri. 2013. Türkiye’de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaştırma (1963-2009). Legal Kitabevi. İstanbul. s.118).

Bu bağlamda iptali istenen düzenlemeler, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla bağdaşmadığından Abnayasa’nın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6552 Sayılı Kanun’un 21. Maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1’in Anayasaya Aykırılığı

6356 sayılı Kanuna eklenen ek 1. maddeyle, 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları ile 43. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde bir üye şartının, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanacağı kurallaştırılmaktadır.

6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrası, “Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, ... toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.” şeklinde kurallaştırılırken; beşinci fıkrası “Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. ...” şeklinde kurallaştırılmış; 43. maddesinin ikinci fıkrasında, “...Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.” denilirken; dördüncü fıkrasında ise, “... Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.” denilmiştir.

11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Ekonomik ve Sosyal Konseyin üyesidir.

İptali istenen düzenlemeye göre, Bakanlıktan “Yetki Belgesi” nin alınmasında, toplu sözleşme yapılmasında, mahkemelere yetki itirazında bulunulmasında ve mahkemenin açılan davaları işçi sendikası, işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildirmesinde, Ekonomik Sosyal Konseye üye Türk-İş, Hak-İş ve DİSK üyesi sendikalar için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde biri barajı uygulanacak, bu üç konfederasyonun üyesi olmayan işçi sendikaları için ise en az yüzde üçü barajı uygulanacaktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre Türkiye’de yukarıda sözü edilen üç işçi sendikası konfederasyonu dışında 21.5.2014 tarihinde kurulmuş Aksiyon İşçi Sendikaları Konfederasyonu ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan 70 tane bağımsız işçi sendikası vardır. Dolayısıyla bunların yetki belgesi alması, yetki itirazında bulunması ve toplu sözleşme imzalayabilmesi için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyeleri olması gerekecektir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kanun koyucu Anayasaya ve hukukun evrensel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve dolayısıyla kamu yararını takdir etmek yetkisine sahip olmakla birlikte, kamu yararı dışında bireylerin ya da grupların çıkarlarını gözeterek düzenleme yapması düşünülemez. Kanunların ilke olarak genel ve nesnel olmaları gereğini ifade eden “kanunların genelliği ilkesi” ise hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun’un 7. maddesinde, Ekonomik ve Sosyal Konsey’in, üç ayda bir Başkanın daveti ile olağan toplanacağı; Başkanın daveti veya Başbakanca belirlenecek olanlar dışında kalan temsilcilerin üçte birinin yazılı istemleri üzerine olağanüstü toplanabileceği belirtilmesine; 11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Kanunla hukuk sistemine giren Ekonomik ve Sosyal Konsey, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle Anayasanın 166. maddesine dördüncü fıkra olarak eklenip, Anayasal bir statüye kavuşturulmasına rağmen, en son 5 Şubat 2009 tarihinde toplanmış; o günden bu yana yaklaşık beşbuçuk yıldır toplanmamıştır.

Anayasal bir organizasyon olmasına rağmen kanun koyucunun, 5 Şubat 2009 tarihinden itibaren toplanmayan ve dolayısıyla siyasi iktidarın işlevsel görmediği bir organizasyona üyeliği esas alarak, yasayla Konsey'e üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikaların ve dolayısıyla sendikalar üyelerinin lehine, üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ile herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalar ve üyelerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde düzenleme yapmasının adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyummadığı ve kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmadığı açık olduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilerek genel kural ortaya konuşmuş; dördüncü fıkrasında kişi, aile, zümre veya sınıfa imtiyaz tanınması yasaklanmış; beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmekle yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde öngörülen "Kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulması gerekir.

Hukuksal durumları aynı olan işçi sendikaları arasında, Ekonomik ve Sosyal Konseye yasayla üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikalar lehine ayrımcılık yapılması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinin birinci fıkrasında, "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." kuralına yer verilmiştir.

İşçi sendikalarının kuruluş amacı, üyelerinin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmaktır. Toplu iş sözleşmesi yapmak sendikaların varlık nedenidir. Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye sendikalara en az yüzde bir barajı getirilirken, Konsey üyesi olmayan konfederasyonların üyesi sendikalarla herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalara en az yüzde üç barajı getirilmesi, Konseye üye olmayan konfederasyon üyesi sendikalarla üye sendikaları toplu sözleşme yapma hakkı elde etmek ve yapabilmek için Konsey üyesi konfederasyonlara üye olmaya zorladığından, iptali istenen düzenlemeler, "sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma" özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 Sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır.

6) 6552 sayılı Kanunun 38. Maddesi ile Değiştirilen 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesindeki "... ve vekaletname ibrazı ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumunu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. Hukuk Müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesinin Kurumca yazılı olarak veya elektronik ortamda Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verileceği ve Listede isimleri yer alanların Baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri hükümlerine yer verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında, avukat stajyerlerine staj süresince Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceği; ikinci fıkrasında, ödenecek kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracığı pul bedelleri ile geri ödemededen gelen paralar ve bunların gelirleri olduğu; üçüncü fıkrasında, avukatlarca vekaletname sunulan mercilerin, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul etmeyecekleri ve gerektiğinde ilgiliye on günlük süre vererek bu süre içinde de pul tamamlanmadıkça vekaletnamenin işleme konulmayacağı; dördüncü fıkrasında, kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, meslektaşlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılacağı belirtilirken; aynı Kanuna 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen 27/A maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı Avukatlık Kanununun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulduğu; ikinci fıkrasında, kurulan fondan yapılacak harcamaların esas ve usulleri ile diğer hususların Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve Adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

Avukatlara barolarca yardım yapılmasının tarihsel süreci ise şöyledir:

9.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinde, "Stajyerlere barolarca yardım yapılabilir. Bu yardımın şekil ve şartları Türkiye Barolar Birliğince belirtilir." denilerek, stajyer avukatlara barolarca yardım yapılmasının hukuksal alt yapısı 1969 tarihi itibarıyla oluşturulmuş; 1136 sayılı Kanunun 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun 14. maddesiyle yeniden düzenlenen 27. maddesiyle staj süresince avukatlara Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceği; kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracığı pul bedelleri olduğu; kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, avukatlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılması gerekeceği hukuk sistemimize girmiş; 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanuna eklenen 27/A maddesiyle ise, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı 1136 sayılı Kanunun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulmuştur. Devamında hazırlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği 30.9.2005 tarih ve 25952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, "avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak" avukatlık mesleğine kabul edilmenin şartları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla tüm avukatlar gibi Sosyal Güvenlik Kurumunun kadrolu avukatları da avukatlık stajı yaptıktan sonra mesleğe adım attığından en azından 1969 yılından itibaren barolardan yardım almışlar ve 2001 yılından itibaren kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracığı pul bedelleri olan kredileri

kullanmışlar ve 2005 yılından itibaren de ek olarak SGK primleri Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'ndan karşılanmış ve baro levhasına kayıtlı avukatlara sosyal yardımlar yapılmıştır.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun ek 1. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları zorunlu tutulmayıp isteklerine bırakılmakla birlikte; Türkiye Barolar Birliği kayıtlarına göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından kendi isteği ile baro levhasına kayıtlı yaklaşık 55 avukat bulunmaktadır. (EK:1)

13.12.2011 tarihli ve 28141 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 3. maddesinde üye, "Fon kapsamında bulunan sosyal yardımlardan yararlanabilecek kişileri" şeklinde tanımlanmış; 14. maddesinde, üyelerine bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak yardımlar Fon'un giderleri arasında sayılmış; 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, "Fon kapsamında sağlanan sosyal yardımlardan, belirlenecek usul ve esaslara göre avukatlar yararlandırılır." denilirken; (2) numaralı fıkrasında avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, çalışmayan avukat, çalışmayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, avukat stajyerleri, çalışmayan avukat ve çalışmayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları da yardım kapsamına alınmış; 17. maddesinde ise, Fon kapsamında yapılacak yardımlar, tedavi yardımları, geçici iş göremezlik yardımları, analık halinde geçici iş göremezlik yardımları, geçici gelir kaybı yardımı, olağandışı haller nedeniyle yapılabilecek geçici iş göremezlik yardımı, sürekli iş göremezlik yardımı, büro-mesken hasarı yardımı, bakım yardımı, acil destek yardımı, cenaze yardımı, ölüm yardımı, münzam emeklilik yardımı şeklinde sıralanmıştır.

Bu kurallara göre, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanlar da kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracığı pul bedelleri olan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonunun, Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 17. maddesinde sıralı yardımlarından yararlanmaktadırlar. Bunların baro levhasına kayıtları devam ettiği sürece Fon kaynaklarından yararlanacak olmaları, 1136 sayılı Kanunun 27/A maddesi ile Yönetmelik hükümlerinin gereğidir.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu kaynaklarından avukatlık stajı döneminde yararlanmış olan Sosyal Güvenlik Kurumu kadrolu avukatları ile Fonun kaynaklarından halen yararlanan ve ileride de yararlanmaya devam edecek olan Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhalarına kayıtlı kadrolu avukatlarının, vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları ve dolayısıyla avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracığı pul bedellerinden muaf tutulmaları, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğundan, iptali istenen ibare hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş; imtiyaz yasaklanmış ve Devlet organları ile idare bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymakla yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde yer verilen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatları, staj döneminde Fon kaynaklarından yararlanmış, Fon’dan halen pul kullanan avukatlarla eşit şekilde hizmet alıyor ve almaya devam edecekken, vekaletname ibraz etmeme üzerinden pul kullanmadan muaf tutulmaları ve dolayısıyla Fon’a katkı sunmadan Fon kaynaklarından Fon’a katkı sunanlarla eşit şekilde yararlanmaları kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve imtiyaza yol açtığı için, iptali istenen ibare Anayasanın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki “... ve vekaletname ibrazı ...” ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak, oluşabilecek Kurum alacağı tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeaccel alacaklarının ödemesinin, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabileceği; altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararının kendiliğinden kalkacağı ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunacağı; altı aylık süre sonuna kadar ödemesi durdurulan alacakların ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmeyeceği; ancak, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrasının 2. ve 3. bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan Kurum üitesi tarafından kaldırılacağı ve Kurum nezdindeki alacaklarının ödeneceği kurallaştırılmıştır.

Düzenlemeyle, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumu nezdindeki muaccel (vadesi gelmiş) veya müeaccel (vadeli, vadesi henüz gelmemiş) alacaklarının ödenmesinin, Kurum müfettişlerince yapılacak inceleme veya soruşturma esnasındaki tespitlerine dayalı olarak altı ay süreyle durdurulması, 6183 sayılı Kanuna göre teminat gösterilirse kaldırılması; inceleme ve soruşturma altı aylık sürede tamamlanamaz ise durdurma kararının kalkması öngörülmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek

sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Sağlık sunucusu hakkında müfettiş inceleme veya soruşturması esnasında bir takım tespitler yapılması ve yargı kararıyla kesinleşmemiş tespitlere dayanarak da Kurum alacağının riskli olduğuna karar verilerek muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacağın durdurulmasına dayanan tespitleri içeren incelemenin altı ayda sonuçlandırılıp bir rapora bağlanamaması durumunda durdurma kararının kalkacak olması ve alacağın tahsili için teminat öngörülmesi, sağlık hizmeti sunucularının hukuk güvenliklerini ortadan kaldırdığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Aynı maddede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 14. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin durdurulması, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde durdurulabileceği kuralına yer verilmiştir.

Para ile ifade edilen her türlü alacaklar mülkiyet hakkının kapsamında bulunmakta ve mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı vermektedir.

Ortada bir yargı kararı olmadan müfettiş incelemesine dayalı olarak, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumundan olan muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacaklarına kavuşmalarının müfettiş incelemesinin altı ay içinde tamamlanıp rapora bağlanamaması ve teminat gösterilmesi şartlarına bağlanması, kişilerin mülkiyet hakkının Anayasanın 14. Maddesinde öngörülmemeyen bir surette durdurulması sonucunu doğurduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 14. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasanın 2. 14. ve 35. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum

alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılamayacağı; söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacağı; sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyeceği hükümleri getirilmiştir.

Düzenlemede idari karar dayalı sözleşmenin feshi ile yargı kararına dayanan sözleşmenin feshi arasında hiçbir ayırım gözetmeden düzenleme yapılmıştır.

Kurum, hukuka uygun veya uygun olmayan herhangi bir sebebe dayalı olarak, tek taraflı bir şekilde ve işlemi yargı denetiminden geçmeden önce sözleşmeyi feshedebilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde “hukuk devleti” ilkesine yer verilirken; 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti yasaların adaletli, hakkaniyetli ve kamu yararına olmasını gerektirir.

Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusunun, idari işleme karşı dava açma süresi geçmeden veya sözleşmenin feshinin haklı bir nedene dayandığı ve hukuka uygun olduğu yargı kararıyla kesinleşmeden, tek taraflı tahakkuk ettirilen Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden yeni bir sözleşme yapılmamasını öngören düzenleme hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasanın 38. maddesinde suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine yer verilmiştir.

Sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacak ve sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyecek olması, Anayasanın 38. Maddesinde kurallaştırılan suçların ve cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

8) 6552 Sayılı Kanunun 61. Maddesiyle 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Eklenen Geçici 57. Maddenin Birinci Fıkrasındaki, “... ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez ...” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasıyla, 5510 sayılı Kanunun 8. maddesinin üçüncü fıkrasındaki sigortalı işe giriş bildirgesini, 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9. maddenin üçüncü fıkrasındaki işyeri bildirgesini, 11. maddenin üçüncü fıkrasına göre işverenin iş yeri bildirgesini, altıncı fıkrasına göre ise valilik ve belediyeler ile yapı ruhsatı vermeye yetkili diğer

kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin istihdama ilişkin bilgileri yasal süresi içinde Kuruma bildirme yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, geçici 57. maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde, yasal süresinde yerine getirmiş sayılacakları ve idari para cezası uygulanmayacağı; bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezalarının, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edileceği; ancak tahsil edilmiş tutarların red ve iade veya mahsup edilmeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Düzenleme kısaca, 5510 sayılı Kanundan kaynaklanan bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlerin, 6552 sayılı Kanunun 61. maddesinin yürürlüğünden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde; 5510 sayılı Kanuna göre uygulanması gereken idari para cezalarının uygulanmamasını, daha önce idari para cezası uygulanmış olanlardan, yükümlülerince ödenmemiş olan idari para cezalarının kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilirken, yükümlülerince ödenmiş olanların ise red ve iade veya mahsup edilmemesini öngörmekte ve dolayısıyla idari para cezasını ödemeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler affedilerek yasalara uyulmaması teşvik edilirken; para cezasını ödeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirenler affedilmeyerek, yasalara uyulması cezalandırılmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasakoyucu Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasa ile hukukun üstün kurallarına bağlı kalmak koşuluyla istediği alanda ve istediği içerikte kanun çıkarma yetkisine sahip olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesi gereğince adil ve hakkaniyete uygun bir hukuk düzeni kurmakla da yükümlüdür.

Hukuksal durumu aynı olanlardan yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler af kapsamına alınarak yasalara uymama teşvik edilirken; yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin af kapsamına alınmayıp yasalara uymanın cezalandırılması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığından, iptali istenen ifade, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, 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. Bu maddede yer verilen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlere 5510 sayılı Kanuna göre idari para cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla idari para cezası uygulananların hukuksal durumları aynıdır. Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmaması ve dolayısıyla

hukuksal durumları aynı olanların farklı kurallara tabi tutulması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasındaki, "... ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez ..." ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 6552 Sayılı Kanunun 64. Maddesiyle 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkradaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davanın Kuruma resen ihbar edileceği; ihbar üzerine Kurumun davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılacağı ve yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi Kurumun kanun yoluna başvurabileceği kuralı getirilmektedir.

Düzenlemeye konu oluşturan hizmet tespiti davası, sigorta bildirimi yapılmadan çalıştırılan işçinin, sigortasız geçen sürelerini sigortalı hale getirebilmek için görevli ve yetkili iş mahkemelerinde, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla açtığı davadır.

Nitekim, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında, işverenin bir ay içinde çalıştırdığı sigortalı ile sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalıların; ad ve soyadları ile T.C. kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuş; dokuzuncu fıkrasında ise, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamaları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." kuralına yer verilmiştir.

Hizmet tespit davası işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmakta olup, üç ana koşulu bulunmaktadır. Bunlar;

- Sigortasız çalıştırma,

- Çalışmanın işverence Kuruma bildirilmemiş veya Kurumca saptanmamış olması,

- Davanın beş yıl içinde açılması.

Hizmet tespit davalarının temelinde, kayıtdışı ekonomi ve kayıtdışı istihdam yatmaktadır. İşverenin çalışanlarına ve Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı olan yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun da gerekli denetimleri yapmaması veya yapmakta yetersiz kalması nedeniyle bu davalar açılmak durumunda

kalınmaktadır. Hizmet tespit davalarının davacılarını ise, toplumun yoksul ve korunmaya muhtaç emeğiyle geçinen ücretli kesimi oluşturmaktadır. Öyle ki, gelir düzeyi bakımından toplumun en alttakilerini oluşturan bu kesimi, yasal haklarını ve başvuracakları makamı bilememenin yanında bazı durumlarda kayıtdışı çalıştırıldıklarını bile bile resmi işsizliğin yüzde onlarda seyrettiği ülkemizde işsiz ve dolayısıyla gelirsiz kalma korkusuyla yasal haklarını dahi arayamamaktadır.

Getirilen düzenleme ile hizmet tespiti davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun dava edilen işverenle birlikte davalı olan yerine, dava edilen işveren yanında fer'i müdahil olması öngörülmekte; hukukumuzda fer'i müdahilin tek başına kanun yollarına başvurma hakkı yokken, yanında fer'i müdahil olduğu işveren başvurmasa dâhi Sosyal Güvenlik Kurumuna kanun yoluna başvurma hakkı tanınmaktadır.

Mahkemelerde iddia (tez) ve savunma (antitez) 'nın nasıl ve hangi usul kurallarına bağlı yapıp karara (sentez) nasıl varılacağına ilişkin kural ve süreçler ile kanun yollarını konu alan yargılama/usul hukuku, yüzyılların birikimi ile şekillenip kurallaştırılmakta ve bir sisteme dayalı olarak kendi içinde bütünlük ve tutarlılık taşımaktadır. Tasarı ile öngörülen düzenleme usul hukukunun temel normlarıyla bağdaşmamakta ve sistem bütünlüğünü bozmaktadır. Çünkü madde ile bir yandan hizmet tespiti davalarının işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmasının önüne geçilerek Sosyal Güvenlik Kurumu'nun vekalet ücreti, bilirkişi ve tanık ücreti gibi yargılama masraflarından kurtarılması sağlanırken; diğer yandan açılmış davalara fer'i müdahil olarak katılmasına ek olarak usul hukukumuzda fer'i müdahile tanınmayan kanun yollarına başvurma hakkının Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınması yoluyla dava edilen işverenin hak ve yetkilerine sahip olması azaçlanmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer verilen "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kuran, ekonomik ve sosyal politikalarla çalışma hayatını geliştirerek çalışanları koruyan, kişilerin insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adil dağıtımı için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren devlettir.

Anayasanın 60. maddesinde sosyal güvenliğin Anayasal bir hak olduğu belirtilmiş ve bunu gerçekleştirmek Devlete görev olarak verilmişken; sosyal güvenlik hakkını yerine getirmekle yükümlü Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hizmet tespiti davalarında işverenle birlikte davalı olmak yerine, işveren yanında fer'i müdahil olması ve usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken, Sosyal Güvenlik Kurumuna Devletin korumakla yükümlü tutulduğu toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimleri aleyhine fer'i müdahil olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınması, Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasanın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Burada güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir

uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayarak zararını tazmin edebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanma ve adil bir şekilde yargılanmadır.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında, “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.” şeklinde kurallaştırılmış; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde ise “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” denilerek, yargılamanın “makul bir sürede” sonuçlandırılması, adil yargılanma hakkının unsurları arasında sayılmıştır.

Usul hukukumuzda fer’i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer’i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kanun yoluna başvurmaya dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınması, davanın sonuçlanmasını uzatarak toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarını sağlamayı amaçladığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 36. ve 141. maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, “İhbar üzerine davaya davalı yanında fer’i müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmaya dâhi kanun yoluna başvurabilir.” cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 6552 Sayılı Kanunun 73. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, “... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren ve 30.4.2014 tarihinden önceki dönemlere ait beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 2014 yılına ilişkin olarak 30.4.2014 tarihinden önce tahakkuk eden vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 30.4.2014 tarihinden önce yapılan tespitlere ilişkin vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarından; (b) bendiyle 30.4.2014 tarihinden önce çeşitli kanunlara dayanılarak verilen idari para cezalarından; (c) bendiyle Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince (a) ve (b) bentleri dışında kalan diğer kanunlar gereğince takip ve tahsil edilen adli ve idari para cezası, Devlet hissesi ve Devlet hakkı, şeker fiyat farkı, akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı, özel idare payı, madencilik fonu gibi asli ve fer’i kamu alacaklarından kesinleşmiş olup ve 6552 sayılı Kanunun yayımı tarihi itibarıyla vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan alacakların tamamı ile bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer’i kamu alacakları yerine 6552 sayılı Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece fer’i alacaktan ibaret olması halinde fer’i alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın öngörülen sürede tamamen ödenmesi şartıyla alacaklara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi fer’i alacakların

tahsilinden vazgeçileceği; (2) numaralı fıkrasında (1) numaralı fıkra kapsamına giren bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının %50'sinin ödenmesi durumunda kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiş; (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ise “Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” denilerek, kişilerin maddede getirilen borcun yeniden yapılandırılması düzenlemelerinden yararlanmaları, idarenin karar ve işlemlerine karşı yetkili yargı mercileri nezdinde hak arama özgürlüklerini kullanmamaları, kullanmışlarsa vazgeçmeleri şartına bağlanmıştır.

Bilindiği üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134. maddesine göre ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla; 135. maddesinde yazılı vergi incelemeye yetkili olanlar tarafından yapılan vergi incelemesi sonucu veya takdir komisyonu kararı vb. yollarla re'sen ve ikmalen vergi tahakkuk ettirilip, usulsüzlük, özel usulsüzlük ve vergi cezaları kesilebilmekte; cezalı vergi tahakkuklarının hukuka aykırı olduğunu düşünen mükellefler, vergi mahkemelerinde dava açma yoluyla hak arama özgürlüklerini kullanabilmekte; açılan davaların yerel mahkemede karara bağlanması, temyiz, yargılamanın iadesi ve karar düzeltme gibi kanun yolları aşamasından sonra kesinleşmesi ise 5-6 yıla sirayet edebilmektedir.

İptali istenen düzenleme, bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan idari işlemle tahakkuk ettirilmiş borçlardan dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlarken, diğer yandan borçluları ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlan, ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekle ikilemi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Teknik ayrıntısına girmeden örneğin, 2011 yılında mükellefe re'sen veya ikmalen 2 milyon TL tutarında vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası tahakkuk ettirilmiş, mükellef bu işleme karşı yasal süresi içinde yetkili ve görevli vergi mahkemesinde dava açmış, ilk derece mahkemesinde davayı kazanmış; fakat idarenin kararı temyiz etmesi üzerine dosya Danıştay'a gelmiş ve kesin hükme bağlanmamış iken; 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla 2 milyon TL vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası toplamı, 1 milyon TL gecikme cezasıyla birlikte 4 milyon TL'ye çıkmış ve yukarıdaki 73. maddede öngörülen Yİ-ÜFE'ye göre borcun yeniden yapılandırılması sonucunda toplam 4 milyon TL tutarındaki borç 2 milyon TL vergi borcu ve 350 bin TL Yİ-ÜFE farkı olmak üzere toplam 2 milyon 350 bin TL'ye düşmüş iken, yasakoyucu iptali istenen düzenleme ile ya yerel mahkemede kazanmış olduğun ve Danıştay'da temyiz aşamasında olan Danıştay'da kazanırsan da sıfırlanacak olan borcuna ilişkin açmış olduğun davandan vazgeç ya da yeniden yapılandırma sonucu 2 milyon 350 bin TL'ye düşen borcunu ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtul demektedir. Oysa, iptali istenen düzenleme olmasaydı mükellef borcun yeniden yapılandırmasından yararlanıp 2 milyon 350 bin TL'yi ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtulacak; Danıştay aşamasında olan davasını ileriki bir tarihte kaybetmesi durumunda Kanunun amacı yani yeniden yapılandırılan borcun tahsilatı Kanunun öngördüğü şekil ve sürede gerçekleşirken; davasını kazanması durumunda ise hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirilmiş 4 milyon TL için ödemiş olduğu 2 milyon 350 bin TL'yi geri alarak adalet hukuk yoluyla sağlanmış olacaktı.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama

özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığı kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı ortadan kaldıracak veya caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 6552 Sayılı Kanunun 80. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, "... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30/4/2014 tarihinden önce 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olup 6552 sayılı Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla; (a) bendinde, vadesi geldiği hâlde ödenmemiş ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan gümrük vergileri ile bu vergilere bağlı cezaların ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçileceği; (b) bendinde vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği; (c) bendinde eşyanın gümrüklenmiş değerine bağlı olarak kesilmiş olan idari para cezaları ile ilgili olarak söz konusu cezaların ve varsa gümrük vergileri aslının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakların yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının

tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiş; (4) numaralı fıkrasında ise “Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” kuralına yer verilmiştir.

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının ilk cümlesine ilişkin iptal gerekçelerinde belirtildiği üzere, çerçeve 80. maddenin (4) numaralı fıkrasında da bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan gümrük vergisi, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı borçlarından dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlanırken, diğer yandan borçlular ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlanmak ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekleme ikilemi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığına kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde ortadan kaldıracak veya caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, “... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 6552 sayılı Kanunun 87. Maddesiyle Değiştirilen 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 47. maddesinde “öksüz eserler” diye nitelendirilen, hak sahiplerinin ilgisizliği, sınırlı bir kesime hitap etmesi, ticari getirisinin yetersizliği gibi nedenlerle yayınevlerinin yayımlamaktan imtina ettikleri memleket kültürü açısından önem taşıyan eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgililerine ulaşmasının sağlanması amacıyla Devlete görev verilmişti.

5846 sayılı Kanun'un öksüz eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgililerine ulaşmasının sağlanması için Devlete görev yükleyen 47. maddesi şöyleydi:

“Bir kararname ile memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya maledilebilir.

(Değişik: 21.2.2001-4630/4) Bu hususta karar verilebilmesi için eserin Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması ve aynı zamanda yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağını tespit edilmesi gerekir.

Bu kararnamede;

- 1. Eser ve sahibinin adı;*
 - 2. Müktesep hakları ihlal edilen kimselere ödenecek bedel;*
 - 3. Mali hakları kullanacak makam veya müessese;*
 - 4. Verilen bedelin iftasından sonra elde edilecek safi karın hangi kültürel gayelere tahsis edileceği;*
- yazılır.”*

Maddeye göre kamuya maledilecek olan, mali ve manevi hakların tamamı değil, sadece “mali haklar”dır.

Öksüz eserlerin mali haklarının kamuya maledilebilmesi için ise;

- Eserin memleket kültürü için öneme haiz olması;*
- Eserin Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması;*
- Yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması;*
- Hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağını tespit edilmesi;*

şartlarının aynı anda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Amaç, Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin kamuya mal edilmesi değil; iki yıldır piyasada bulunmayan ve uygun bir süre içinde de yeni baskısının yapılmayacağı tespit edilen Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin, ilgilenenlerine ulaştırılmasının sağlanması yoluyla yok olmaktan kurtarılmasıdır.

Ancak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun “öksüz eserler”i konu alan 47. maddesi, 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle şu şekle dönüştürülmüştür:

“Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye’de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

- 1. Eser ve sahibinin adı,*
 - 2. Hakları kullanacak makam veya müessese,*
 - 3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,*
 - 4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,*
- yazılır.*

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur.”

Yapılan değişiklikle, eser üzerindeki “mali haklar”, “manevi haklar”ı da kapsayan bir genişliğe taşınırken; hakları kamuya maledilecek memleket kültürü için önemi haiz eserlerin; “yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması” ve “hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağına tespit edilmesi” şartları da ortadan kaldırılarak; Devlete piyasada bulunan ve dolayısıyla ilgilileriyle buluşan 5846 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü eseri, tek yanlı belirlenen “münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde müsadere ederek tekeline alma hakkı tanınmıştır.

5846 sayılı Kanunda, eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ile tarzını eser sahibinin belirlemesi (md. 14/1); alenileşmemiş olan eserin içeriği hakkında sadece eser sahibinin bilgi verebilmesi (md. 14/2); eserin umuma arzı veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek mahiyette ise, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men etme hakkı (14/3); eseri eser sahibinin adı veya müstear adı veya adsız olarak umuma arzetme veya yayımlama hususunda karar verme hakkı (15/1); eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menetme hakkı (16/3) manevi haklar arasında sayılmıştır. Bu manevi hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl eser sahibinin mirasçıları kullanır (19/2).

Eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı (21); Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı (22/1); Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtma hakkı (23/1); Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı (24/1) Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından

alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı (25/1) ise mali haklar arasında sayılmıştır; bu hakları da eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süreyle mirasçılarları kullanır.

Memleket kültürü için öneme haiz eserlerin eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıllık koruma süresi içinde, “yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması” ve “hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağını tespit edilmesi” şartları birlikte gerçekleşmeden, eserin kamuya maledilmesi eser sahibinin mirasçılarının manevi ve mali haklarına yasayla el konulması demektir.

Eser sahibi veya mirasçılarının eser üzerindeki manevi ve mali haklarının “mülkiyet hakkı” kapsamında olduğunda kuşku yoktur.

Anayasanın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir. Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının “kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış, 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Devletin, memleket kültürü için öneme haiz eserlerin topluma ulaştırılması amacıyla, koruma süresi içinde bedelini ödeyerek hak sahiplerinin mali haklarını kamuya mal etmesinin, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ve meşru bir amaca dayandığını ileri sürebilmek için, öncelikle söz konusu eserin piyasada bulunmaması, ilgilenenlerin esere ulaşamaması ve eserin ne zaman ulaşılabilir olacağının da bilinmemesi gerekir.

Ancak, iptali istenen cümlede maddenin değişiklikten önceki halindeki ölçütlere de yer verilmeden, “Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir.” denilerek, hiçbir şart aranmaksızın, ölçü getirilmeksizin, “memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler”in hangi kıstaslara göre belirleneceği belirtilmeksizin, eserin topluma ulaşp ulaşmadığı hususları araştırılmaksızın, piyasada bulunan, isteyen herkesin ulaşp buluştuğu eserlerin mali hakları yanında manevi haklarını da kamuya mal etme hakkı Bakanlar Kuruluna verilmektedir.

Günümüzün çağdaş demokrasileri, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayarak kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnızca ölçüsü değil, aynı zamanda koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler de demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen

“münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilmesinde, “kamu yararı”ndan söz edilemeyeceği ve hak sahiplerinin eser üzerindeki yasayla koruma altına alınmış mülkiyet hakkını kullanmaları “toplum yararına” aykırılık ile gerekçelendirilemeyeceği için iptali istenen cümle, Anayasanın 35. maddesine; temel hak ve özgürlükler kapsamındaki mülkiyet hakkını hakkın özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırlandırıp kullanılamaz hale getirdiği için ise Anayasanın 13. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 25. maddesinde, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.” denilirken; 26. maddesinde herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu özgürlüğün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsadığı belirtilmiştir.

Bütün özgürlüklerin anası olan düşünce özgürlüğü, sadece düşünce ve kanaate sahibi olmayı değil, bunları özgürce açıklama, yayma ve bunlara ulaşma hakkını da kapsar.

Hak sahipleri ile yayımcılar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde farklı yayınevlerince basılarak piyasaya sunulan, ilgilenenleri tarafından herhangi bir engelle karşılaşmadan ulaşılabilir olan, yokluğundan söz edilemeyecek eserlerin, mali ve manevi haklarının koruma süresi içinde Devlet tarafından kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, düşünce ve kanaatleri açıklama, yayma ve düşünce ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüyle bağdaşmadığından iptali istenen cümle Anayasanın 26. maddesine aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No’lu Ek Protokol’ün 1. maddesinde, “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.” denilmektedir. Sözleşme hükmünde yer alan ‘mal ve mülk’ deyimi, parasal değeri olan somut veya soyut her türlü konuyu kapsamakta; maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmazlar, soyut birer varlık olan haklar, menfaat gibi değerler, kısaca mali değeri olan her şey bu kapsama girmektedir.

Yine Sözleşme’nin 10. maddesinin (1) nolu fıkrasında, “Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.” denilmektedir. Fıkra düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğü ve düşünce ve kanaate ulaşma özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

İptali istenen cümle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin yorumlarına göre, hem Sözleşmenin 10. maddesini, hem Ek Protokol’ün 1. maddesini ilgilendirmektedir.

Mahkemeye göre, “... ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur.” (Lingens-Avusturya, 1986; Şener-Türkiye, 2000; Thoma-Lüksemburg, 2001; Maronek-Slovakya, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002)

AİHM, sanatsal yaratıcılık ve performans ile sanat yapıtlarının dağıtımını, fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı olarak görmekte ve demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Sanatsal özgürlüğün ve sanat yapıtlarının serbest

dolaşımının yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını belirten Komisyon; “Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir.” (Otto-Preminger Institut, 1994) demiştir.

Mahkeme’nin yorumuna göre ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü (bu ticari ifade olarak anılmaktadır), 10. madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Öztürk Türkiye’ye Karşı davasında Mahkeme başvuru tarafından bastırılan kitabın toplatılması ve tüm nüshalarının imha edilmesi hakkında verilen mahkûmiyet kararının yan etkisi olduğuna karar vererek 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve başvurusunun 1 No’lu Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca yaptığı şikâyetleri incelemeyi gerekli görmemiştir.

Bu bağlamda, piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen “münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesiyle teminat altına alınan ifade özgürlüğü ve Ek Protokol’ün 1. maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, “... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ...” ibaresi ile “...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasında; “14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ’ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ’ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu

gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır.” denilmektedir.

Fıkranın yüzbir sözcükten oluşan ilk cümlesinde, “... inceleme ve denetimi zorunludur;” ifadesine kadarki kısmı ana cümlecığı, devamı ise yan cümlecığı oluşturmaktadır. Cümlelerin “zorunludur;” kısmına kadar ki ifadeden, sayılan su yapılarının “inceleme ve denetiminin” zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak inceleme ve denetimi zorunlu olan söz konusu su yapılarının inceleme ve denetiminin DSİ tarafından doğrudan mı veya denetim şirketlerinden müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla mı yapılacağı ile ilgililerinden bedel alınıp alınmayacağı hususu anlaşılamamaktadır. Çünkü “zorunludur” denilip noktalı virgül işareti konulduktan sonra “diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” denilerek masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden müşavirlik hizmeti satın alınarak denetimi yaptırılacak olanların “diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapıları” olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Daha açık ifadeyle, su yapılarından inceleme ve denetimi zorunlu olanların denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılacak; “sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının” denetimi ise denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alma yoluyla yaptırılacaktır.

Ancak maddenin devam eden fıkralarında özellikle de üçüncü fıkrasında “hidroelektrik tesislerinde” denilerek hidroelektrik tesislerine ilişkin “baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı” gibi su yapılarına göndermede bulunmanın yanında açıkça “baraj, gölet,” ifadelerine yer verilerek inceleme ve denetimi zorunlu olanların da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacağı veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla yaptırılacağı gibi bambaşka bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Birinci belirsizlik budur.

Öte yandan, inceleme ve denetimi DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılacak su yapılarının denetim masraflarının ilgililerinden alınacağı açık olmakla birlikte, inceleme ve denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılan su yapılarının inceleme ve denetimi için ilgililerinden denetim masrafı alınıp alınmayacağı hususu da belirsizdir. Çünkü yan cümlecikteki ifade, ... su yapılarının da denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” şeklinde değil; “... su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” şeklindedir ve bu yan cümlecığın denetimi zorunlu

olan ana cümlecikteki su yapılarını “denetim masrafı” bakımından kapsayıp kapsamadığı da belirsizdir.

Bu bağlamda, ek 6. maddede hukuki belirsizlikler vardır. Bu hukuksal belirsizliğin temelinde ise, yasakoyucunun su yapılarını doğrudan DSİ’ye denetletmenin yanında DSİ’nin yetkilendireceği Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla özel sektör denetim firmalarına denetlettirilmesini istemesi yatmaktadır. Bu bağlamda, iptali istenen “...diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” ifadesi olmasa idi ek 6. maddede yukarıda sıralanan hukuksal belirsizlik de olmayacaktı.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik içtihadına göre, hukuk devletinin temel unsurlarından biri “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesini gerektirir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yan cümlecikte, “... diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” şeklinde yer alan ifadedeki, “denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” ifadesi; maddenin bütünü bağlamında anlaşılmaz olduğu, “denetim masrafı ilgililere ait olmak üzere” ifadesinin, ana cümlecikte denetimi zorunlu tutulan “hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi”ni kapsayıp kapsamadığı; kapsıyorsa bunların denetimi için ilgililerinden masraf alınıp alınmayacağı; alınacak ise alınacak masrafın denetimi DSİ tarafından dorudan yapılanları kapsayıp kapsamadığı hususlarında hukuksal belirsizlik olduğu ve bu hukuksal belirsizlikler iptali istenen ifadede kaynaklandığı için, iptali istenen ifadeler, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku yoktur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.2011 günlü ve E.2007/2 ve K.2011/13 sayılı; 27.9.2012 günlü ve E.2012/6, K.2012/131 sayılı kararları).

İptali istenen ifadede maddenin bütünlüğü bağlamında hukuksal belirsizlik olmadığı şu ya da bu şekilde ortaya konsa dahi ortaya konulan yorum çerçevesinde bile şöyle bir durum ortaya çıkacaktır:

Ya ilgililerinden ana cümlecik ile yan cümlecikte sayılan bütün su yapıları için veya yan cümlecikte ifade edildiği üzere sadece yan cümlecikteki su yapıları için ya da yan cümlecikte sayılan su yapılarından sadece denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için denetim masrafı alınacaktır. Bu durumda ve Anayasa Mahkemesi'nin denetim hizmetini kamu hizmeti saydığı kabulü altında, ya denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla kamu hizmeti bedeli karşılığında yapılmış olacak ya da sadece denetimi müşavirlik firmalarına yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar ile müşavirlik firmalarına yaptırılanlar arasında eşitsizlik yaratılacağından Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Demokratik hukuk devleti ilkesine dayanan Anayasal bir Cumhuriyette Devletin varlık nedeni kamu hizmetleridir ve Anayasanın 73. maddesinde kamu hizmetlerinin/giderlerinin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle karşılanacağı belirtilmiş; 6200 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise denetim görevi DSİ'ye verilmiştir.

Denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınması ve dolayısıyla finansmanı vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle sağlanan kamu hizmetinin bedeli karşılığında yapılmış olması durumunda iptali istenen, "... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi; Anayasanın 2. ve 73. maddeleriyle bağdaşmamakta; denetimi DSİ tarafından yapılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınmaz iken, denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak olması ise Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2012 günlü ve E.2011/27, K.2012/102 sayılı kararında da belirtildiği üzere, "... denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır." Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür..."denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel

idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku olmadığına göre, ek 6. madde kapsamındaki su yapılarının Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılmasına olanak sağlayan iptali istenen ifade, Anayasanın 128. maddesine de aykırıdır.

İptali istenen ifadenin iptaline karar verilmesi durumunda, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca ek 6. madde hükümlerinin uygulama olanağı kalmayan ibare, ifade ve fıkralarının da iptaline karar verilmesi Yüksek Mahkeme'nin takdirindedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere..." ibaresi ile "...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi, Anayasanın 2., 10. 73. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

14) 6552 Sayılı Kanunun 94. Maddesiyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 182. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkra ile yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemediği kurallaştırılmıştır.

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargının olmazsa olmazı ise "savunma" olduğu için yargı bağımsızlığı "savunma" ile birlikte anlam kazanmaktadır.

Avukatlık mesleği serbest meslekler arasında sayılmakla birlikte hakimlik ve savcılık gibi kamu hizmeti niteliği ağır basan özel bir meslektir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında, "Avukatlık Yasası'nın 1 inci maddesine göre 'kamu hizmeti ve serbest bir meslek' olan avukatlık iki yönlüdür. Hem 'kamu hizmeti' hem 'serbest meslek' nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu 'kamu' kavramının anlam olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası'nın 'Avukatlığın amacı' başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtan özgün kuraldır." denilmiştir.

7.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "Avukatlık sınavını başarmış olmak" avukatlık mesleğine kabulde şart olarak ortaya konmuştur. Günümüze kadar sınav şartı birkaç kez yürürlükten kaldırılıp tekrar yasalaştırılmakla birlikte, sürekli bir uygulama olma olanağına kavuşamamış; ancak tamamen kaldırılması da düşünülmemiştir.

En son 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiştir. Avukatlık mesleğinde sınav koşulunu getiren Kanunun gerekçesinde, "sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların

önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır.” denilmiştir. Sınavın uygulamaya başlanacağı aşamada, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Açılan iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında;

“Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasaya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan ‘bağımsız yargı’, yargının olmazsa olmaz koşulu olan ‘savunma’ ile birlikte anlam kazanır. Savunma, ‘sav-savunma-karar’ üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasanın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun

ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.” gerekçeleriyle avukatlık mesleğine girişte sınav koşulunu kaldıran düzenlemeleri Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanlığı “Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” hazırlamış ve Avukatlık Kanunu’nun 182. maddesi gereğince onay için 10.10.2013 tarihinde Adalet Bakanlığı’na göndermiştir. Adalet Bakanlığı ise 21.11.2013 tarihli yazısı ile bir daha görüşülmek üzere Yönetmelik değişikliğini TBB’ne iade etmiştir. TBB Yönetim Kurulu’nun oybirliğiyle Yönetmelik değişikliğini aynen kabul etmesinden sonra, Adalet Bakanlığı’nın 24.12.2013 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliği Resmi Gazete’de yayımlanmak üzere TBB’ye iletilmiştir. TBB, 06.01.2014 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliğini yayımlanmak üzere Başbakanlık’a iletmisse de, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayım Müdürlüğü bu istemi reddederek, Yönetmelik değişikliğini yayımlamamıştır.

Bunun üzerine uyuşmazlık dava konusu yapılmış ve Ankara 10. İdare Mahkemesi 30.04.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı ile, dava konusu “yayımlamama” işlemini hukuka aykırı bularak, yürütmenin durdurulmasına karar vermiş ve gerekçesinde Avukatlık Kanunu’nun 182. maddesi uyarınca, TBB’nin ısrar kararı ile artık kesinleşen ve uygulanabilir hale gelen Yönetmelik üzerinde Başbakanlık’ın değerlendirme/takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu Karar üzerine Yönetmelik 17 Haziran 2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik değişikliği ile avukatlık stajına başlamak için “staj kabul değerlendirmesi”; stajdan sonra avukatlık mesleğine başlayabilmek için ise “staj yeterlilik değerlendirmesi” koşulları getirilmiştir.

Staja kabul değerlendirmesinin, TBB ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim kurumları arasından belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; staja kabul değerlendirmesinin, Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür konuları ile anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılaması usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılaması usulü, idare hukuku ve idari yargılama usulü, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve vergi hukuku konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılacağı; staja kabul değerlendirmesinde Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür sorularının otuz, alan bilgisi sorularının yetmiş puan ağırlığında olacak şekilde düzenleneceği; Staja kabul değerlendirmesinde yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

“Staj yeterlilik değerlendirmesinin, Türkiye Barolar Birliği ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim kurumları arasından belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; Staj yeterlilik değerlendirmesinin otuz puanı mantıksal akıl yürütme, yetmiş puanı avukatlık hukuku ve meslek kurallarına ilişkin sorulardan oluşmak üzere toplam yüz puan üzerinden yapılacağı; staj yeterlilik değerlendirmesinden yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

kurallaştırılmıştır.

6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla ise Anayasa Mahkemesi'nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararına aykırı düzenleme yapılmakta; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı gereğince hazırlanan Yönetmelik değişikliği ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 30.4.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı hükümsüz kılınmaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete’de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.” kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve aynı konuda farklı yasal düzenlemelerle iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmaktan uzak durmak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçeleri de bağlayıcıdır. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluşturur ve dolayısıyla yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olur. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Bir yasa kuralının Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edebilmek için, iptal edilen kuralla iptali istenen kuralın “aynı” ya da “benzer” olması ve kurallar arasında “teknik, içerik ve kapsam” bakımından benzerlik olduğunun ortaya konması gerekir. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.

İptali istenen düzenlemenin gerekçesinde fıkra metnindeki ifade yinelenerek, “... yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemediğini öngören bir hüküm Tasarıya yeni 81 inci madde olarak eklenmiştir.” denilmektedir. Yasanın amacı, avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin yasaklanmasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiş; 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararıyla ise 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran düzenlemeler iptal edilmiş ve iptal gerekçesinde, “Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.” denilerek avukatlık mesleğine girişte sınavın elzem olmanın ötesinde zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

Bu bağlamda, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeler ile iptali istenen 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemezliğine ilişkin kural, teknik, içerik ve kapsam açısından benzer olmanın ötesinde aynı amacı taşımaktadır ve Anayasa Mahkemesi'nin avukatlık mesleğine girişte öngördüğü sınava ilişkin yukarıdaki gerekçe ile de bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bağlayıcılık taşıyan 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararını, yasama organı eliyle etkisiz veya sonuçsuz kılmayı amaçladığından, Anayasanın 153. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemezliğine ilişkin kural, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında açık ve net bir şekilde ortaya konan gerekçelerle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği; taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı ve taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü getirilmiştir.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ile bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde kamulaştırılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasanın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında, “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.” denilerek, Devlete özel mülkiyet üzerinde kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yanında idari irtifak kurma yetkisi de tanınmış; buna dayalı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun “İrtifak hakkı kurulması” başlıklı 4. maddesinde, “Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir.” hükmü getirilmiş; “Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları” başlıklı 11. maddesinin son fıkrasında ise, “Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir.” denilmiştir.

Bu bağlamda kamulaştırma, taşınmazın tamamı veya bir kısmının kamulaştırılması olarak biçimsel bir kamulaştırma olabileceği gibi, mülkiyet hakkından doğan birtakım yetkilerin kısıtlanması şeklinde içeriksel bir kamulaştırma yani sınırlı ayni hak çeşidi olan irtifak hakkı kurulması şeklinde de olabilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı belirtildiğinden; irtifak hakkı tesis yoluyla kamulaştırmanın konusunu, taşınmazın belirli bir kesimi yanında yüksekliği, derinliği ya da taşınmaz üzerindeki herhangi bir kaynak da oluşturabilmektedir. Böylece taşınmaz mülkiyetinden doğan bazı yetkilerin idareye geçerek idarenin taşınmaz üzerindeki yararlanma ve kullanımına malikin rıza göstermesi veya malikin bu yetkilerini kullanması idare yararına yasaklanarak mülkiyetten kaynaklanan bazı hakların kullanımından vaz geçmesi şeklindeki kamulaştırma işlemi, ifadesini Anayasanın 46. maddesinde bulunduğu üzere, idari irtifak olarak adlandırılmakta; kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, “kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü” kamulaştırma bedeli olmaktadır.

Bir meyve bahçesinin yüksekliğinden yüksek gerilimli enerji nakil hattı çekilmesi veya bir konut ya da işyerinin altından (derinliğinden) tramvay/metro ya da üstünden (yüksekliğinden) teleferik veya köprü ya da viyadük geçmesi durumunda, can ve mal güvenliği alınmış olsa ve meyve bahçesini kullanma, ürünlerinden yararlanma, kiralama ya da satma hakları engellenmese veya konutta oturma, kiralama ya da satmaya hukuken müdahale edilmese dahi, ne o meyve bahçesi eski meyve bahçesidir; ne de o konut ya da işyeri eski konut ya da işyeridir. Altından tramvay geçen konut ile geçmeyen konutun, üstünde teleferik işleyen işyeri ile işlemeyen işyerinin bir olmayacağı açıktır. Can ve mal güvenliği alınmış ve mülkiyetten kaynaklanan haklara helal getirilmemiş olsa dahi sonradan konutun altından metro veya üstünden teleferik geçmesi durumunda ekonomik değer kaybına uğrayacağı, tartışma götürmeyen olgusal bir gerçektir.

Olgusal bir gerçek olduğu içindir ki, bu gibi durumlarda malikin uğrayacağı zararı karşılamak üzere Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında idare lehine irtifak kurulması öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 4. maddesinde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması öngörülmüş; 11. maddesinin son fıkrasında ise, irtifak hakkı tesis yoluyla kamulaştırma nedeniyle taşınmaz veya kaynakta oluşacak değer düşüklüğü tutarının kamulaştırma bedeli olacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, Anayasada güvence altına alınan taşınmazın kuru mülkiyet

hakkı değil, kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkilerinin ekonomik değeridir ve Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında bu ekonomik değerın taşınmazın “gerçek karşılığı” olacağı belirtilmiştir.

İdari irtifak kurulsun ya da kurulmasın, Devlet bir konutun üstünden köprü ya da teleferik, altından ise tramvay ya da metro geçiriyorsa, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemleri alması, hukuksal sorumluluğundadır ve almaması yani teleferiğin çökmesi ya da metronun göçmesi durumunda konutta meydana gelecek zararlar ile can ve mal kaybından doğacak zararlardan genel hükümler yanında idare hukukuna göre “hizmet kusuru” bağlamında zaten sorumludur. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmesi ise taşınmazın içeriksel değil, ancak biçimsel kamulaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Bu bağlamda, can ve mal güvenliği için gerekli önlemlerin alınması ile mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi, söz konusu imalatlarla fiilen içeriksel kamulaştırılmaya maruz kalmış taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün bedelini ödememenin gerekçesi olamaz.

Günümüz şartlarında taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında, kamu yararı olabilir ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması Anayasal olarak mümkündür. Ancak, mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasaya uygun olabilmesi için, taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerekir.

Taşınmazın yüksekliği ve derinliği, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma yerine fiili şekilde yapılması ve bu kullanımdan kaynaklanan taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Anayasanın 46. maddesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak ve özünü ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için, Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin,

zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, kamulaştırma bedeli ödenmemesi yanında tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi de kurallaştırıldığından, dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü, taşınmaz sahipleri sonradan taşınmazlarının altında metro vb. raylı sistemler veya üstünde teleferik, köprü, viyadük vb. yapılması nedeniyle taşınmazın uğradığı değer kaybını bilirkişi veya emlak değerlendirme uzmanı raporlarıyla ortaya koyarak yetkili mahkemelere başvursalar dahi mahkemeler tazminat ve benzeri başka bir ad altında herhangi bir ödemeye hükmedemeyeceklerdir.

Devletin kamusal faaliyetlerinden dolayı mal ve mülklerinde ortaya çıkan ve para ile ifade edilebilen zararlarının karşılanmaması sonucunu doğuran bu durum, hukuk devletinin gereği olan Devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurması, bunu geliştirerek sürdürmesi ve kişilerin hukuk güvenliğini sağlaması yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi, mahkemeye erişimi sonuçsuz bırakmayı amaçladığından adil yargılanma hakkını da ihlal etmekte ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesinde, "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre "mal ve mülk" iktisadi bir değere sahip para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmaz, Hazine arazisi üzerine yapılan gecekondü (Öner Yıldız-Türkiye kararı), yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle uğranılan gelir kaybı (Aka-Türkiye davası; Akkuş-Türkiye davası), haklar, şirket hisseleri (Bramelid ve Malstrom-İsveç davası), bir zarardan doğan tazminat hakları (Stran Grek Refineries ve Stalis Andrealist-Yunanistan davası), her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı (Müler-Avusturya davası), müşteri kitlesi (Man Varle ve diğerleri-Hollanda davası), alkollü içki satma ruhsatı (Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç davası) kira alma hakkı (Mellacher ve diğerleri-Avusturya davası), işletme ve imtiyaz hakları (Matos e Silva, Lda ve diğerleri-Portekiz davası), fikri mülkiyet hakları (Anheuser-Busch Inc.-Portekiz davası) gibi ekonomik çıkarları ifade etmekte; bunun da ötesinde ekonomik bir değere sahip her türlü unsur mülk kavramı içinde değerlendirilirken, meşru beklentiler de mal-mülk kavramına dahil edilebilmektedir.

AIHM, medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

1 No'lu Protokolünün 1. maddesi medeni haklardan olan mülkiyet hakkını güvence altına alırken, Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ise mahkemeye erişimi ve adil yargılanmayı güvence altına almaktadır.

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli değildir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkını açık tutan bir düzenlemenin, mahkemeye erişimi etkisiz kılacak veya sonuçsuz bırakacak nitelikte olması halinde, düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez. Adil yargılanma hakkı ise, yargılama sonunda hakkı olanı elde ederek adaletin gerçekleşmesini gerektirir.

Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında, taşınmazda ortaya çıkan parasal değer kaybının mahkeme yoluyla elde edilmesi olanağını da sonuçsuz bıraktığından Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

16) 6552 sayılı Kanunun 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. Maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 100. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkra, 23. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı kurala bağlanmaktadır.

Bu kurallara göre idare örneğin, 100 dekar taşınmazı yeşil alanı ve sosyal donatılarıyla birlikte cami veya hastane ya da okul yapmak amacıyla kamulaştırarak bedelini ödemiş; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden 4 yıl sonra kamulaştırılan alanın 10 dekarında cami veya hastane ya da okul inşaatına başlamış; geri alım için birinci ve ikinci fıkradaki hak düşürücü sürenin bittiği altıncı yılın sonunda ise imar değişikliğine gidilip 100 dekar alanın tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek üçüncü kişilere satılmış ise; taşınmazın eski malik veya mirasçıları cami veya hastane ya da okul yapılmak üzere kamulaştırılan, ancak

tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek üçüncü kişilere satılan taşınmazın kamulaştırma öncesi maliki olarak idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacağı gibi dava da açamayacaktır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın temel hak ve hürriyetler bölümünde düzenlenmiş ve 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi “kullanma”, “ürünlerinden yararlanma” ve “tasarruf” olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının “kamu yararı amacıyla” ve “kanunla” sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının “toplum yararına” aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 46. maddesinde ise, Devlet ve kamu tüzelkişilerine, özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamını veya bir kısmını kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yetkisi verilerek, özek mülkiyetteki taşınmaza kamulaştırma yoluyla müdahale kamu yararı şartına bağlanmıştır.

Bu kurallara göre özel mülkiyetteki taşınmazlara kamu yararının gerektirdiği haller dışında kamulaştırma yoluyla müdahale edilemeyeceği gibi kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması durumlarında kamulaştırmanın gerekçesi de ortadan kalkmış olacaktır. Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl sonra taşınmazın geri alım hakkının da düştüğü bir hukuk düzeninde, kamulaştırma amacına uygun kullanılmayan veya kamu yararı dışında kullanılan taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal mülkiyet haklarının güvence altına alınmaması, adaletli hukuk düzeni ile temel hak ve hürriyetler açısından sorunludur.

Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devletinin unsurlarından biri de adil hukuk düzenidir. Buna göre hukuk düzeni adil ve hakkaniyete uygun olmalıdır.

Anayasanın 13. maddesine göre mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, hakkın özüne dokunmadan, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde sınırlanabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, günümüzün demokrasi kavrayışı, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimleri gerektirir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu,

yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını ortaya koymuştur.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağını kurala bağlayan iptali istenen düzenleme; kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında da taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal güvence altındaki mülkiyet haklarını, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ve hakkın özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırladığı ve kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulmasını öngörmediği için Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan; özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan “kamu yararı”nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alım hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başkaca amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçıların yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, adaletli hukuk düzeniyle bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırı olmanın yanında, hak arama hürriyetleri ile adil yargılanma haklarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan Anayasanın 36. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 nolu Ek Protokol’ün 1. maddesinde, mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya’ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti’ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

AİHM 2. Dairesi, (konusu başvuruçuların sağlık kuruluşu için Sultan Çiftliği Belediyesine bağışladığı 2.335,89 metrekare arazinin, Belediye tarafından üçe bölünerek bir kısmının üçüncü bir şahsa satılması, bir kısmının Belediye adına tapuya tescili ve bir kısmının ise sağlık kuruluşu yapımı için Hazineye devredilmesi sonrasında; başvuruçuların bağış şartlarına uyulmadığı için üçüncü kişilere satılan arazi için tazminat ve belediye adına tescil edilen arazi için ise iade talebiyle açtıkları davanın, yerel mahkemenin kabulünden sonra Yargıtay’ın bozma kararına uyan yerel mahkemece reddedilmesi olan) Karaman-Türkiye davasında (15.1.2008-6489/3);

“Sonuç olarak Yargıtay’ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın, eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu niteliktedir.” (paragraf 33) gerekçesiyle

Sözleşme'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmadığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AIHM 2. Dairesi aynı kararında, Benefico Cappella Paolini – San Marino ile Narbone Motais – Fransa kararlarına da göndermede bulunarak, “Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olan Benefico Cappella Paolini – San Marino kararında (bk. parag. 33) , kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Aynı şey, Mahkeme'nin bir taşınmazın kamulaştırılması kararı ile kamulaştırmaya dayalı olarak kamu yararına ilişkin projenin uygulanması arasında önemli bir zaman diliminin bulunmasının Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olduğuna karar verdiği 19 Temmuz 2002 tarihli Narbone Motais – Fransa kararı için de geçerlidir.

Yukarıda anılan iki kararda da kamulaştırma işlemleri söz konusu olmasına rağmen, mevcut davada taşınmazın başvuruçular tarafından idareye devredilmesi söz konusudur. Her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemini düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkeme'nin yukarıda anılan kararlarındaki gerekçesi burada da uygulanır (diğerlerinin yanı sıra yukarıda anılan Benefico Cappella Paolini kararı, parag. 9, Motais de Narbonne kararı, parag. 9). Mahkeme yukarıda anılan Benefico Cappella Paolini kararında (parag. 33), kamu yararı amacıyla kamulaştırılan arazinin kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması halinde bile, arazinin kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından bir sorun doğurduğuna karar vermiştir.” (paragraf 27-28) demiştir.

AIHM'in yukarıda yer verilen kararlarından da anlaşılacağı üzere, iptali istenen düzenleme, kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının sonradan kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında, taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin mülkiyet hakları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurmadığından, Sözleşmenin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı için de Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddeyle; 6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanunun 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerini değiştiren “Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.” kurallarının; aynı Kanunun 100. maddesiyle 22. maddeye eklenen “Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23

üçüncü maddeye göre geri alma hakları da düşer.” şeklindeki ikinci ve “Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz.” şeklindeki üçüncü fıkra hükümlerinin ve ayrıca aynı Kanun’un 100. maddesiyle 23. maddeye eklenen ve yukarıda iptali istenen “Birinci ve ikinci fıkroda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.” şeklindeki üçüncü fıkra hükmünün; geçici 9. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

2942 sayılı Kanunun 22. ve 23. maddelerinin mevcut ve 6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle değişik/ek hükümlerinin öne çıkan belirgin özellikleri şöyledir:

- 2942 sayılı Kanunun 22. maddesine göre, mal sahibi veya mirasçıları, “aldığı kamulaştırma bedelini” üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra “kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte” üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilecekler;

- 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçıları, 23. maddedeki şartlar gerçekleştiğinde taşınmazı 23. madde hükümlerine göre geri alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçıların 23. maddeye göre taşınmazı geri alma hakları da düşecek;

- 22. maddeye göre idarenin taşınmazı geri vermesinde bir süre sınırlaması yokken; 6552 sayılı Kanunla birlikte 22. maddedeki taşınmazın iadesi hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişse uygulanmayacak;

- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçıları taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava açabilirlerken; 6552 sayılı Kanunla birlikte idareden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamayacakları gibi dava da açamayacaklar;

ve tüm bu kurallar, iptali istenen düzenlemeye göre kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacaktır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, **hukuk güvenliğini** sağlayan, yasakoyucunun üstünde Anayasa ve hukukun üstün kurallarının olduğunun bilincinde olan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. “Kanunların geriye yürümezliği” olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.6.2014 günlü ve E.2014/85, K.2014/103 sayılı ve 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararları)

6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanunun 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişiklik ve eklerin, yürürlük tarihinden önceyi de kapsar şekilde, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacak olması ve böylece 22. maddeye göre taşınmazı iade edilen malik veya mirasçılar, aldıkları “kamulaştırma bedelini” üç ay içinde ödeyerek taşınmazı geri alabilirlerken; “kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte” ödeyerek almak zorunda kalmaları; 22. madde hükümlerine göre taşınmazlarını zaman sınırlamasına tabi olmaksızın geri alabilirlerken; kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişse alamamaları; 22. madde hükümlerine göre almadıkları taşınmazlarını, 23. maddedeki koşullar gerçekleşince geri alabilirlerken, bundan böyle geri alamayacak olmaları ve dolayısıyla açmış oldukları kesinleşmemiş davalarının sırf bu nedenle düşecek olması; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçıları taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava açabilirlerken, altı yıl geçmiş taşınmazlar için idareden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamamaları yanında dava da açamayacak olmaları ve açtıkları kesinleşmemiş davalarının sırf altı yıl geçtiğinden düşecek olması hususları göz önüne alındığında, geçmişe uygulanarak daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıran iptali istenen düzenleme, kişilerin hukuk güvenliklerini ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esastır. Bu amaçla Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek, herkese, bağımsız yargıya ulaşma, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme olanağı sağlanmış, böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur.

Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımanın ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde

yararlanmanın ön koşuludur. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi, zararını giderebilmesi, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesinden geçmektedir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını belirtmiştir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin lehine ve temel hak ve özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alınmış kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğinden, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

18) 6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin Anayasa Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendiyle, “Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,” meraların tahsis amacının değiştirilmesi yoluyla yerleşme ve yapılaşmaya açılması öngörülmüştür.

Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesine göre ilan edilmektedir. 5393 sayılı Kanunun “Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı” başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları, her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarından birinin veya birkaçının gerçekleşmesi için belediye meclisi kararıyla ilan edilmekte; kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilecek yerin belediye veya mücavir alan sınırları içinde olması gerekmekte; kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi ise ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla mümkün olabilmektedir.

Belediyenin görev alanı, belediye veya mücavir alan sınıridir ve dolayısıyla kentsel dönüşüm ve gelişim alanı bu sınırlar içinde olacaktır. Ancak, 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesiyle büyükşehir belediyelerinin sınırları kurulu olduğu ilin mülki sınırları olmuştur. Dolayısıyla 6360 sayılı

Kanun kapsamındaki büyükşehir belediyelerinde, mülki sınırlar içi kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilecektir.

Anayasanın “Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” başlıklı 45. maddesinde, “Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek (...) için gereken tedbirleri alır.” kuralına yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise “Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır.” denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin Devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır. Gerekçedeki ifadeye göre Devlete bu görevin, “tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi” amacıyla verildiği de her türlü tartışmanın dışındadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesinin birinci fıkrasında kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilmesi, maddede yazılı amaçlardan biri veya birkaçının varlığına bağlanmıştır ki, bunlardan “deprem riskine karşı tedbirler almak” amacı, 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamındadır ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre, “Doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan” meraların zaten tahsis amacı değiştirilerek 6306 sayılı Kanuna göre “rezerv yapı alanı” ilan edilebilmekte; “eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak” amacı, yerinde imalatı gerektirdiğinden başka bir araziye ve dolayısıyla meraya ihtiyaç duyulmamakta; kalan diğer amaçların (konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları) tamamı ise endüstri ve şehirleşmeye ilişkin olmaktadır.

Bu durumda belediye sınırları il mülki sınırları olan Bursa veya Trabzon veya Antalya veya Tekirdağ veya Aydın veya Konya veya Erzurum Büyükşehir Belediyelerinin ya da diğer büyükşehir belediyelerinin, il mülki sınırları içinde olan meralardan endüstri ve şehirleşme amacına uygun gördükleri Bakanlar Kurulu kararıyla “kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı” olarak ilan edilerek, mera vasfı değiştirilip endüstri ve şehirleşme amacıyla kullanılabilecektir.

Anayasanın 45. maddesindeki, “Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek (...) için gereken tedbirleri alır.” hükmünün Anayasaya Anayasal bir kural olarak konulmasının gerekçesi, “tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi” ise, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları yapmak için “Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,” yerler üzerinden meraların, endüstrileşme ve şehirleşme için yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. maddesine açık bir aykırılık oluşturur.

Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşunda ülke yüzölçümünün %56’sını (44 milyon hektar) oluşturan mera, yaylak ve kışlaklarımızın oranının günümüzde %19’lara (14,6 milyon hektar) kadar gerilediği hususunda bilim insanları arasında görüş birliği vardır.

Son 50 yılda %70 oranında daralan mera varlığımız konusundaki istatistiklerin çeliştiği ve kullanılan kaynaklara göre (FAO, DİE, eski Köy Hizmetleri Gen. Md.,vb.) çok önemli farklılıklar gözlemlendiği dile getirilmekle birlikte, mera varlığındaki azalışın, 67 yılda 41 milyon

hektardan 12.3 milyon hektara kadar düştüğü dile getirilmektedir. Günümüz koşullarında, 4342 sayılı Mera Kanunu uyarınca tesbit, tahsis ve tahdit çalışmalarını sürdüren Çayır-Mera ve Yem bitkileri Daire Başkanlığı kayıtları en güvenilir seçeneği oluşturmakta ve 12.3 milyon hektar mera alanımız kaldığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. (Bkz. Avcioğlu, Rıza; Türkiye Meraları ve Mera Kanununun Getirdikleri; Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi 5(1), 2012, s. 26).

Bir mera alanının yerleşme ve yapılaşmaya açılması, sadece açılan yerleri mera olmaktan çıkarmaz; hayvanların otlanma ve su yollarını da keserek daha geniş bir alanın mera olarak kullanılamaz hale gelmesiyle sonuçlanır.

Meraların, hayvancılığın geliştirilmesi ve dolayısıyla hayvansal üretimin artırılması yanında sürdürülebilir çevre bağlamında toprak ve su muhafazası, erozyonun kontrolü, küresel ısınmaya yol açan sera gazlarının emisyonu ve gen kaynaklarının korunması açısından önemli işlevleri vardır.

Anayasanın 56. maddesinde herkesin, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı”na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır.

Kuşkusuz sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, park, bahçe ve yeşil alanları, geniş cadde ve sokakları, rekreasyon alanları, açık hava spor tesisleri ve sosyal donatılarıyla planlı ve düzenli şehirler de yaşamayı da gerektirir. Ancak, tüm bunlar şehirleşme ve yerleşme plan ve politikalarıyla ilgili olup; meraların sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevleri de göz önüne alındığında, şehir ve uzantılarının meralara kurularak meraların daraltılmasına gerekçe oluşturmaz; tam tersine meraların varlığının sadece köylerde hayvancılıkla uğraşan çiftçiler için değil, kentlerde yaşayan insanlar için de yaşamsal önemini ortaya koyar.

Bu itibarla mera alanlarının daraltılarak sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevlerini etkisizleştirmeyi amaçlayan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 56. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

19) 6552 sayılı Kanunun 117. maddesi ile 5258 sayılı Aile hekimliği Kanununun 5. Maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin Anayasaya Aykırılığı

Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenilen cümle ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına görev yaptıkları yer dışında Halk Sağlığı Kurumu tarafından belirlenecek aile sağlığı merkezlerinde mesai saatleri dışında nöbet görevi verilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Aynı maddede bu nöbet görevinin gerektiğinde “Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline” de verilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin anlam ve kapsamını bütün boyutları ile kavrayabilmek için haftalık çalışma süreleri ve normal mesai saatleri dışında, gerek görev yaptıkları aile sağlığı merkezlerinde gerekse görev yerleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına fazla çalışma yaptırılmasını öngören düzenlemelere değinmekte yarar bulunmaktadır.

a)12 Temmuz 2012 gün ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6354 Sayılı Yasa’nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin

beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile haftalık normal çalışma süreleri ve mesai süreleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebileceği düzenlenmiştir.

b) 6354 Sayılı Yasa'nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen cümle ile aile hekimliği görevinin haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirileceği düzenlenmiştir. 6354 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemelerin iptal istemi ile açılan iptal davası Anayasa Mahkemesinin 2012/103 Esasında kayıtlı olup esas hakkında henüz karar verilmemiştir.

c) 18 Ocak 2014 gün ve 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6514 sayılı Kanununun 52. maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi, "Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir." şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddenin Anayasaya aykırılığı talebi ile açılan iptal davası ise Anayasa Mahkemesinin 2014/61 esasına kayıtlıdır.

d) Son olarak ise 6552 sayılı Yasanın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesine iptali istenilen "Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir" cümlesi eklenmiştir.

5258 Sayılı Aile Hekimleri Kanunun 3 ve 5 inci maddelerinde 6354, 6514 ve 6552 sayılı Kanunlar ile yapılan düzenlemeler sonucu;

- Haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebilecektir.

- Görev yerleri olan aile sağlığı merkezlerinde haftalık ve günlük normal mesai saatlerinin üzerinde olan çalışma süreleri saptanıp bu sürelerde görev yaptırılacaktır.

- Asli görev yerlerinde yapacakları görevlere ilaveten görev yerleri dışındaki aile sağlığı merkezlerinde haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında nöbet görevi verilebilecektir.

24.11.2004 gün ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununda aile hekimleri ile aile sağlığı elemanların görev ve yetkileri, çalışma yerleri ile çalışma biçimleri ve koşulları düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinde aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini devamlı olarak belli bir mekânda vermek, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti vermek ve tam gün esasına göre çalışmakla yükümlü tutulmuştur.

İptali istenilen düzenleme ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına, normal mesai saatlerinden sonra görev yeri dışındaki Aile Sağlığı Merkezlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirilmektedir. Yasa'da aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına, görev yerleri ve çalışma süreleri dışında kendi hastaları olmayan kişilere yönelik olarak ne tür bir hizmet verecekleri düzenlenmemiştir. Bu hizmetin acil sağlık hizmetleri mi, normal mesai saatleri içinde verilmesi gereken birinci basamak tedavi edici sağlık hizmeti mi, ya da koruyucu sağlık hizmeti mi olacağı belirsizdir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Kanununun 2. Maddesinde düzenlenen görevleri ve belirli bir mekânda görev yapma gerekliliği ile bağdaşmayan bir görevlendirmeye maruz bırakılmaktadır. Bunların yanında; görev yeri dışında tutturulacağı belirtilen nöbete ilişkin herhangi bir çerçeve çizilmeyerek tüm yetki yürütme organına bırakılmaktadır.

Aile hekimleri, Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasanın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamında olup görevlerine ilişkin hakları ve yükümlülüklerinin Yasa ile düzenlenmesi zorunludur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 günlü E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı). Yürütme organına, genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilmesi, Anayasanın "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." Kuralını içeren 7. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, yargı denetiminin yapılmasına elverişli olması gereklidir. İptali istenen ibare "belirlilik" taşımadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları günlük mesailerine ek olarak sayısı idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutacaklar, kapsamı idare tarafından belirlenecek görevleri yapacaklar, süresi idare tarafından belirlenen sürede fazla çalışma yapacaklar ve ertesi gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden devam edeceklerdir. Çalışma süreleri yönünden herhangi bir üst sınır getirilmemiştir.

Ortaya çıkan çalışma süreleri diğer ülkelerin uygulamalarına da çok uzak düşmektedir. Örneğin icap nöbetçisi olarak haftalık en fazla çalışma süresi İngiltere ve Almanya'da nöbet aralarında en az 7,5 ile 12 saat arasında değişen dinlenme koşuluyla ortalama 56 saat, Hollanda'da 48 saat, Danimarka'da 45 saat, Fransa'da 50 saattir.^[2] Ülkemiz tarafı olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinde fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresi en fazla 48 saat olarak belirlenirken çalışanların her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme sürelerinin bulunması düzenlenmiştir.

İptali istenilen yasa hükümleri Aile hekimleri ve aile sağlığı personelini normal haftalık ve günlük çalışma sürelerinin üzerinde üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırmaya olanak sağlamaktadır. Böylece sağlık çalışanlarının verdiği sağlık hizmetinin niteliğini etkileyecek olan çalışma süreleri arttırılmakta, yeterli sürelerle dinlenme hakları ihlal edilmektedir. Anayasanın 50. Maddesine göre "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "...hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın

çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur. Bu durum Anayasanın “Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı” başlıklı 50. maddesinin 3.fikrasına aykırılık oluşturmaktadır.

Türkiye’nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 24. maddesi ve Türkiye’nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesi çalışma sürelerinin makul ölçülerde sınırlandırılmasını, dinlenme hakkının güvence altına alınmasını devletlere bir ödev olarak yüklemektedir. Türkiye’nin henüz imzalamadığı ILO’nun 1935 tarih ve 47 numaralı sözleşmesinde de çalışanların haftalık çalışma süresi 40 saat, 1977 tarihli ve 149 sayılı Sağlık Çalışanları Sözleşmesinde sağlık çalışanları açısından haftalık çalışma saatinin 40 saat olarak kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Ne var ki dinlenme hakkının etkin bir biçimde sağlanması için çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak devletin ödeviyken yasa koyucu süreleri artıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirmektedir. Aşırı çalışma süreleri ve beraberinde mesai saatlerindeki düzensizliğin, çalışanlarda bireysel olarak uyku düzensizliği, yemek alışkanlıklarında değişme, aile ve sosyal yaşam üzerinde rahatsız edici etkiler ve tükenmişlik sendromu gibi olumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açtığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir.^[3]

İptali istenilen yasa hükümleri dinlenme hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle yasa hükümlerinin Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, “açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu”nu kabul etmiştir.^[4] Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması halinde hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının nitelendirilmesinde “özü” toplum için garantide değil birey için garantide aramak gerekmektedir.^[5] İptali istenilen hükümlerin Anayasal güvence altında olan yaşama, yaşamı koruma ve geliştirme hakkının özüne dokunduğuna kuşku yoktur.

Anayasanın 50. maddesi, dinlenme hakkını düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, dinlenme hakkı “Anayasanın sözü ve ruhu”na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlandırılabilir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından dinlenme hakkının sınırlandırılmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun dinlenme hakkına ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Çalışma süreleri ile hafta tatili ve izin sürelerini belirsiz hale getirerek dinlenme hakkını neredeyse ortadan kaldıran normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinin 2. maddesinde, yeterli dinlenme; işçilerin yorgunluk veya diğer düzensiz çalışma biçimleri sonucunda kendilerine, iş arkadaşlarına veya başkalarına, kısa ya da uzun dönemde sağlıklarına zarar vermemelerini temin eden ve zamanın birimleri ile ifade edilen yeterince uzun ve kesintisiz dinlenme süresi olarak ifade edilmiştir.

Yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hekimliğin, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bu kararlarda kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartının ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşp bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu, devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi ile bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile bağı olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.

09.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesi Mesleki Standartlar başlığı adı altında; "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." hükmüyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğal uzantısı olan tıbbi girişimlerin ilgili mesleki standartlara uygun olma zorunluluğu getirilmiştir. Uzun çalışma süreleri ile ilgili uygulama sonucunda, hekimler için sağlık hizmetinin nitelikli biçimde sunulmasının koşulları ortadan kaldırılmakta ve standartlara aykırılık içererek insan sağlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlar yaratılmaktadır.

Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "...hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur. Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesi ile 17. ve 56. maddelerine de aykırıdır.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının sundukları sağlık hizmeti bir kamu hizmetidir. Anayasanın 128 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunludur. İptali istenilen yasa hükümleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisini idareye bırakmıştır. Bu durum kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasanın 7. maddesindeki norm ile Anayasanın 128. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Aile hekimlerinin Aile Hekimliği Kanununda tanımlanan görev içeriklerine uygun olarak edinmiş oldukları Aile Hekimliği Mesleğini icra etmeleri Anayasanın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkının bir gereğidir. Görev yerleri dışında ve mesleki yetkinlik ve görev alanları dışında görevlendirilmeleri çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarının önüne geçmektedir.

Bununla birlikte normal mesai saatleri dışında acil sağlık hizmetleri ya da normal mesai saatleri içinde kendi aile hekimleri tarafından verilmesi gereken sağlık hizmetini görevlendirilecek aile hekiminden almaya yönlendirilecek hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma hakları da ihlal edilecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Yasa'nın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

20) 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri kurallaştırılmıştır.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması,

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması,

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması,

Gerekmektedir.

Bu bağlamda;

12.5.2001 tarihli ve 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 3 üncü maddesindeki, "Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur'a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur'a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır." kuralını;

"Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasaya aykırılık

oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

(...)

Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir.” gerekçeleriyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2006 tarihli ve E. 2003/112, K. 2006/49 sayılı kararı).

9.2.2006 tarihli ve 5456 sayılı Kanunun 1 nci maddesiyle 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK’ye eklenen geçici 10 uncu maddesindeki, “Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelin Gümrük Müsteşarlığına ait bölümüne eklenmiştir.

22/7/2003 tarihli ve 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlükleri kadrolarında bulunan ve kadroları 1/9/2003 tarihli ve 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen memuriyet görevi devam edenler, bu maddeyle ihdas edilen ekli (1) sayılı listede yer alan Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılırlar. Bu kadrolar, herhangi bir nedenle boşalmaları halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Söz konusu personelin atandıkları yeni kadrolarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamının net tutarı; Müşavirlik kadrolarına atanmadan önce en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması halinde aradaki fark, farklılık giderilinceye kadar, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak kendilerine ödenir.” kuralını;

“Mevcut Başmüdürlüklerin kaldırılmasından sonra, bu Başmüdürlüklerin yerine yeni Başmüdürlükler kurulmasına karşın, kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması gerekirken, yeni kurulan Başmüdürlüklere başmüdür olarak atanabilmelerini ya da yeni ihdas edilen başmüdür kadrosuna atananların da bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmalarının, Yasa’nın zorunlu bir sonucunu oluşturması ve yasa kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.” gerekçesiyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak Sayın Haşim Kılıç’ın karşı oyu ve OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2007/97, K. 2010/32 sayılı kararı).

21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6 ıncı maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen geçici 57 inci maddesinin, “Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır.” kuralındaki son tümcesini;

“Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasanın öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir.” gerekçesiyle Anayasanın 2 inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bularak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarihli ve E.2010/29, K. 2010/90 sayılı kararı).

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Bu vazgeçişin iptali istenen kuralla benzer özellik taşıyan tipik örneğini 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 inci maddedeki, “Kurumda; Başkan Yardımcısı, Baş Hukuk Danışmanı ve Daire Başkanı unvanlı görevlerde bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanlarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar. Bu fıkra ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri unvanlarına atanmış sayılanların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir. Atanmış sayıldıkları unvanlarında isteklerine bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, kendi istekleriyle başka kurumlara atanana fark tazminatı ödenmesine son verilir.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri olarak atanmış sayılanlar, Başkan tarafından belirlenen birimlerde, Başkan tarafından belirlenen görevleri yürütür.” kurallarına ilişkin iptal isteminin;

“Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Dava konusu kuralda kişilerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir. Bu kişilerin yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmektedir. Bu nedenle maddede sayılan görevlerde bulunanların görevlerine son verilerek aynı dereceli başkanlık müşavirliği ve araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarını öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel nitelikte bir işlemde söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez. Kuralda belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin hukuki durumlarının düzenlemenin sonucundan etkilenmiş olması bu neticeyi değiştirmez.” gerekçeleriyle REDDİNE karar verilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı ile birlikte 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalardaki kararları;

Statü hukukunda kazanılmış hakkın kamu görevlisinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel hak niteliğine dönüşmüş (subjektif) hak olduğunu ortaya koymakla birlikte; nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp şahsileşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceği; kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesinin kazanılmış hak sayılamayacağı; çünkü, kural işlemlerin yasakoyucu tarafından her zaman değiştirilebileceği veya yargı organları tarafından iptal edilebileceği; kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılmasıyla ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemin de bundan etkileneyeceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

Yapılan bu hukuki-teknik yorumu herkesin anlayabileceği bir örnekle açıklığa kavuşturulmuştur:

Dört yıllık fakülte mezunu iki memurdan biri yürürlükteki mevzuata göre önce “şef”lik sınavını kazanarak şef kadrosuna atanmış; bu görevde belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür yardımcısı” sınavını kazanarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmış; bu görevde de belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür”lük sınavını kazanarak müdürlük kadrosuna atanmış ve yirmi dört yılın sonunda kazanılmış hak aylığı ile kadro görev aylığı birinci dereceye yükselirken; diğer memurumuz ise görevde yükselme sınavlarına girmeyerek ya da girmekle birlikte kazanamayarak memur kadrosunda görev yapmaya devam etmiş ve yirmidört yılın sonunda kadro görev aylığı (birinci dereceli memur kadrosu bulunmadığından) ikinci derecede ve kazanılmış hak aylığı ise ikinci derecenin altıncı kademesine gelmiş olsun.

Durum bu minvalde iken yasa koyucu,

“Kurumların müdür kadrosunda görev yapanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın çalışmakta oldukları kurumların memur kadrolarına atanmış sayılır.

Birinci fıkraya göre memur kadrolarına atananlar, atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir.

Kurumların müdürlük kadrolarına memurlar arasından atama yapılabilir.” şeklinde bir yasal düzenleme yapmış olsun.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK’lerin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği kararların açılımına göre, kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak sayılmayacağı için, yürürlükteki mevzuata (kural işlemlere) göre şef, müdür yardımcısı ve müdürlük sınavına (şart işlem) girip nihayetinde müdürlük kadrosuna atanarak müdür kadro unvanının alınması (özel hukuksal durum) ileriye yönelik kazanılmış hak sayılmamaktadır. Çünkü, yasakoyucu kural işlemleri değiştirme yetkisine sahiptir ve nitekim de yukarıdaki gibi değiştirmiştir. Buna karşın, yine Anayasa Mahkemesi kararlarının açılımına göre, nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp kişiselleşmesinden sonra kazanılmış hak ortaya çıkacağından, memur iken yeni yasaya göre müdür kadrosuna atanan memurumuz için müdür unvanı –Anayasa Mahkemesi yeni yasayı iptal etmediği sürece, ki yukarıdaki gerekçelerle iptal etmemektedir- kazanılmış hak sayılacaktır.

Bu yorum, kamu görevlilerinin idare karşısında sübjektif haklarının olamayacağı ve yürürlükteki mevzuata göre edindikleri kadro/görev unvanlarına ilişkin haklarının, hukuk güvenliğinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Oysa, Anayasacılık hareketi, demokratik hukuk devleti ideali ve statü hukuku, güçlü yönetim karşısında, yönetilen güçsüzleri korumak fikrinden doğmuş ve bu yönde gelişerek ete kemiğe bürünmüştür.

Kaldı ki, bu yorumun nitelendirdiği personel sistemine, yönetim bilimi literatüründe, “spoil system” (yağma sistemi) denilmekte ve Karar, uygulandığı Anglo-Sakson ülkelerinde dahi 130 yıl önce rafa kaldırılmış yağma sistemini, hukuk sistemi Kıta Avrupa’sına, personel rejimi ise statü hukukunun liyakat ilkesine dayanan Türkiye’de 21 inci Yüzyılda hukuksallık kazandırma anlamına gelmekte ve hatta bunun da ötesinde bu sonucu doğurmaktadır.

Tarihte “yağma sistemi”, Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

On dokuzuncu yüzyıla kadar İngiltere’de yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmaktaydı. Aristokrat sınıfı ise “çalışmak” demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson’ın, 1829’da söylediği “Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır.” sözünde bulmaktadır. Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin “ganimet”i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülmüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883’de yürürlüğe giren Pendleton Act’a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadan itibaren ABD’de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye’de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri “liyakat ilkesi” üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasanın 70 inci maddesinde, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez.” kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, “eşitlik” ve “liyakat” ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi “görevin gerektirdiği nitelikler” ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir.” şeklinde yorumlayarak, “görevin gerektirdiği nitelikler”den “liyakat” ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, “sınıflandırma”, “kariyer”, “liyakat” olarak ortaya konulmuş; liyakat-yeterlilik, “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.” şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallandırılmıştır. Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı olağan atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, her bir olay, statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelinin liyakat ilkesi olduğu gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmek durumundadır.

Bununla birlikte, Anayasal yorumda kamu personelinin kazanılmış hakları, hukuki-teknik bağlamında nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminde statü hukukunun temel özelliği, kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise, bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmelerinde de en azından bulundukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksi, seçilmişlerin despotizmidir.

İptali istenen, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla tamamının Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanmalarını öngörmemektedir. Çünkü, Devlet Gelir Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek bir görev değil, Devlet Gelir Uzmanları Gelir İdaresi Başkanlığında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl görev yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunanların atanmalarını, bunların da tamamının değil, “atanabilir” ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuk devleti idealinin gerçekleşebilmesi için bireylerin kazanılmış haklarına saygı gösterilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir. Hukuk devletinde yasaların genel olması, belli kişileri hedef almaması, özel bir durumu gözetmemesi, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanacak kurallar içermesi gerekir. Yasal kuralların genelliği, herkes için objektif durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması demektir.

Oysa, iptali istenen kural, kazanılmış hakkı yok saymanın yanında aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda görevin gerekleri, kariyer ve liyakat dışındaki başka argümanlarla Siyasal İktidarın sorun olarak gördüğü kişilerin, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir.

“Doğruluğun düşünce sistemlerinin ilk erdemi olması gibi, adalet de toplumsal kurumların ilk erdemidir... Kanunlar ve kurumlar ne kadar etkin ve iyi düzenlenmiş olursa olsun, şayet adaletsiz iseler, yeniden düzenlenmeli ya da kaldırılmalıdırlar... adalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı

kılınmasını kabul etmez... adaletin sağlamış olduğu haklar politik pazarlığa veya toplumsal çıkar hesaplarına bağlı değildir... bir adaletsizliğe ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için müsamaha gösterilebilir.” (Bkz. RAWLS, John; A Theory of Justice, s:3-4, Oxford University Press, 1985.).

Grup Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanı kadrolarına atanmış bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından bulundukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, adaletli bir hukuk düzeninde meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70.maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından 3 yıl görev yapıp halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasanın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı hukuksuzluğa, adaletsizliğe ve eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 36.maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda, sadece edinilmiş mali hakları/maaşı kazanılmış haklardan saymış ve mevcut mali hakların/maaşın nominal olarak sabitlenip yeni atandıkları kadrolardaki maaşa eşitleninceye kadar tazminat olarak ödenmesini, yani kişilerin nominal ücreti sabitlenir ve ücretleri reel olarak gerilerken, nominal ücrete ilişkin mali hakların saklı tutulmasını, sanki ücret nominal olarak saklı tutulunca reel olarak da korunuyormuş gibi değerlendirerek kazanılmış mali hakların korunması olarak nitelendirmiştir.

Ancak, iptali istenen düzenlemede grup başkanı, daire başkanı ve vergi dairesi başkanı kadrolarında iken, Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Devlet Gelir Uzmanlarından 1. dereceden aylık alanlar gibi 3600 puandır.

Ancak, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren “Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar”da Grup Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanlarına en yüksek Devlet memuru aylığının %210'u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Devlet Gelir Uzmanlarından 1. Dereceden aylık alanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı oranı ise %120'dir.

Bilindiği üzere 375 sayılı KHK'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle eklenen Ek 10. Maddeyle bazı görevlerde bulunanların aylıkları yeniden düzenlenmiştir. Ek 10. Maddeye ekli “(II) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge

Cetveli)'nde; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Daire Başkanı olanlara 54.300 puan Ücret Göstergesi ve 30.000 puan Tazminat Göstergesi; Grup Başkanlarına 51.900 puan Ücret Göstergesi ve 28.575 puan Tazminat Göstergesi; taşra teşkilatında İstanbul, Ankara ve İzmir Vergi Dairesi Başkanlarına 50.750 puan Ücret ve 27.950 puan Tazminat Göstergesi, büyükşehir belediyesi bulunan illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 46.850 puan Ücret Göstergesi ve 25.775 puan Tazminat Göstergesi, diğer illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 45.800 puan Ücret Göstergesi ve 25.200 puan Tazminat Göstergesi öngörülür iken; Devlet Gelir Uzmanlarına ise (III) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (c) Bendi Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)'nde 1. dereceden aylık alanlara 46.450 puan Ücret Göstergesi ve 25.560 puan Tazminat Göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda, reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kazanılmış mali hakları dahi korumadığı Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine bu yönüyle de aykırıdır.

Yukarıda bütün ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

21) 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, “5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilmiş” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle, 5393 sayılı Kanunun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilerek; il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000'i geçen belediyelerin; sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla “arsa” yerine “taşınmaz” tahsis edebilmesi öngörülmektedir.

Taşınmaz mal kapsamına; (a) arz üzerinde sabit olan arazi; arazinin tamamlayıcı parçası sayılan tarla, bağ, bahçe, arsa, bina, apartman, dükkan, fabrika, otel, motel, sosyal tesis vb. ile yeraltındaki kaynak ve madenler ; (b) tapu kütüğüne müstakil ve daimi olarak kayıtlı aynı haklar (üst hakkı, kaynak hakkı, irtifak hakkı vb.); ve (c) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler girmektedir.

Nitekim; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin konusunu (i) arazi, (ii) tapu kütüğünde ayrı sayfada kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile (iii) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin oluşturduğu hüküm altına alınmış; 718. maddesinde arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı ve bu mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakların da girdiği belirtilmiş; 726. maddesinde ise bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, irtifak hakkı sahibine ait olacağı ve bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasının,

Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olup bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamayacağı kurallaştırılmıştır.

5393 sayılı Kanunun 14. maddesinde belediyenin, “mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (...) sosyal hizmet ve yardım, ... ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi...” hizmetlerini yapacağı ve yaptıracağı (1/a); “... sağlıkla ilgili her türlü tesisi ...” açabileceği ve işletebileceği (1/b); 15. maddesinde belediyenin, “Mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmek.” (1/h) yetkilerine sahip olduğu; 18. maddesinde, “Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesisine” karar vermeye belediye meclisinin yetkili olduğu kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, belediyeler sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla sadece “arsa” tahsis edebilirlerken; 6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle değiştirilen ibareyle birlikte, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler için arsa tahsisine ek olarak hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. tahsis edebilecek ve hatta mülkiyetinde bu binalar hali hazırda yok ise bunları Belediyelerin 5393 sayılı Kanundaki görev, yetki ve imtiyazları çerçevesinde satın alıp, inşa edip, tefrişatını tamamladıktan sonra da bedelsiz veya düşük bir bedelle verebilecektir.

Ancak, 5393 sayılı Kanunun 15. maddesinin beşinci fıkrasında “geliştirilecek projelere” denilip başkaca bir ölçüte yer verilmediğinden, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler; ister kamu idareleri, ister kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ister kamu yararına çalışan veya çalışmayan dernekler, ister vergi muafiyeti tanınmış veya tanınmamış vakıflar, isterse de ticari amaçla kurulmuş özel şahıslara ait ticari şirketler tarafından gerçekleştirilsin fark etmeyecek; belediyeler meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayıyla söz konusu taşınmazlarını düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese verebilecektir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 1. maddesinde, “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” denilmiş ve 2. maddesinde “demokratik devlet” ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu “genel irade”; yürütme gücü açısından ise “genel çıkar”lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzlem ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzlem, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failler olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir.

Anayasanın 127. maddesinde, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzel kişileri olduğu ve kuruluş ve

görevleriyle yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise yasakoyucu, turizm, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (...) sosyal hizmet ve yardım, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi, sağlıkla ilgili her türlü tesisin yapılması, yaptırılması, açılması ve işletilmesini mahalli müşterek hizmetlerden sayarak belediyelere görev olarak vermiştir.

Belediye mahalli müşterek nitelikteki bu görevlerini daha etkili, verimli ve halka yakın yapabilmek ve kaynaklarını rasyonel kullanabilmek için üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve sivil alanda faaliyet gösteren örgütlü yapılar ile kişilerin destek, katkı ve yardımlarına ihtiyaç duyabilir; duymasa dahi hemşerilik bilincini geliştirmek, hemşerilik hukukunu yerleştirmek ve katılımcı demokrasiyi yerel düzeyde hayata geçirebilmek için görevlerinin yerine getirilmesine sivil alanın katkısını sağlayacak katılımcı yapı ve süreçlere işlerlik kazandırabilir.

Nitekim, bu amaçla 5393 sayılı Kanunun 13. maddesinde, katılımcı belediye yönetimi teşvik edilmenin yanında, 75. maddesinde, belediyenin görev ve sorumluluk alanına giren konularda -ki bunların içine, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizm de girmektedir-, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar, mahallin en büyük mülki amirinin izninin alınması koşuluyla diğer dernek ve vakıflar ile 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilmesi öngörülmüştür.

Belediyenin görevleri arasında yer alan mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil alandaki dernek, vakıf ve meslek odaları ile ortak projeler geliştirilmesi de öngörülmüş ve dolayısıyla bu alanlarda faaliyet yürütenlerin mahalli müşterek nitelikteki kamusal hizmetlere katılım yolları açık tutulmuşken; belediyelere 5393 sayılı Kanunla verilen görevlerin yapılması amacıyla belediye kaynaklarıyla edinilen veya belediye kaynaklarıyla yaptırılan hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut gibi herkese/halka ait her türlü taşınmazın, "sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek proje" gerekçesiyle ve belediye meclisinin kararı ve İçişleri Bakanının onayıyla, dernek ve vakıflar yanında kar amacıyla çalışan özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması; başka bir anlatımla halkın ortak mallarının ya da herkese ait olan malların, özgülendiği kamu hizmetinden/yararından koparılması Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde "hukuk devleti" ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadına göre kanunların, kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olmasında, kamu yararı olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi Belediyelere verilen görevleri yerine getirmek üzere edinilen taşınmazların kamu yararından/hizmetinden koparılarak üçüncü şahıslara düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması mahalli müşterek hizmetlerin yürütülmesini sekteye uğratacak nitelikte olduğundan Anayasanın 127. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, “5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilmiş” ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

22) 6552 sayılı Kanunun 128. maddesindeki, “... sekizinci sırasında yer alan ‘Barbaros’ ibaresi ‘Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı’ şeklinde değiştirilmiş, ...” ibaresi ile 129. maddesindeki “... üçüncü fıkrasında yer alan ‘Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘ve Barbaros Mahallesinin’ ibaresi eklenmiş ...” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 128. maddesiyle 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan “Barbaros” ibaresi “Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı” şeklinde değiştirilerek, 129. maddesiyle de 5747 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve Barbaros Mahallesinin” ibaresi eklenerek; Ataşehir İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçesinin ve dolayısıyla Ataşehir Belediyesinin sınırlarından çıkarılarak Ümraniye İlçesine ve dolayısıyla Ümraniye Belediyesine bağlanmaktadır.

6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendinde “Aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde; Ekli (16) sayılı listede adları yazılı mahalleler ile mahalle kısımları merkez olmak ve aynı adla bir belediye kurulmak üzere İstanbul İlinde Ataşehir ... adlarıyla ... ilçe kurulmuştur.” denilmiş ve ekli “(16) Sayılı Liste İstanbul İli Ataşehir İlçesine Bağlanan Mahalleler”in 8. sırasında “Kadıköy İlçe Belediyesine bağlı Barbaros” denilerek Kadıköy İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir Belediyesine bağlanmıştır.

26.8.2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmi gazetede yayımlanan 2011/2063 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki kararda ve eki krokide Barbaros Mahallesi yapılacak “İstanbul Uluslararası Finans Merkezi”nin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir (EK-2/1).

Barbaros Mahallesinin Kadıköy İlçesinden ve dolayısıyla Kadıköy Belediyesinden alınarak Ataşehir adıyla kurulan İlçeye ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesine bağlanmasından sonra Barbaros Mahallesinin Kadıköy Tapu Sicil Müdürlüklerine kayıtlı bir kısım taşınmaz dosyalarının Ataşehir Tapu Müdürlüğü yerine yanlışlıkla Ümraniye Tapu

Müdürlüğüne gönderilmesi sonucu Ataşehir Belediyesi ile Ümraniye Belediyesi arasında sınır uyuşmazlığı çıkmış ve emlak vergilerinin tahsilinden dolayı İstanbul Vergi Mahkemelerinde davalar açılmıştır.

İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin 31.3.2013 tarihli ve E2013/3059, K:2014/687 sayılı, 31.3.2013 tarihli ve E.2013/3060, K:2014/688 sayılı, 31.3.2014 tarihli ve E:2013/3061, K:2014/689 sayılı, 31.3.2014 tarihli E:2013/3063, K:2014/690 sayılı, 31.03.2014 tarihli E:2013/3064, K:2014/691 sayılı, 23.05.2013 tarihli ve E:2013/3062, K:2014/1236 sayılı, 23.05.2014 tarihli E:2013/3065, K:2014/1237 sayılı (EK:2/2a,b,c,d,e,f)kararlarında Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarında olduğu karara bağlanmıştır.

Sınır uyuşmazlığına ilişkin İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuzsuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu ortaya konmuştur (EK:2/3).

Barbaros Mahallesinin 6552 sayılı Kanunun 128. ve 129. maddeleriyle Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasının temelinde, Barbaros Mahallesine yapılması kararlaştırılan "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi" yerleşkesi yatmakta, siyasi iktidar "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi" yerleşkesini kendisine ait belediye bağlamak istemektedir.

Anayasanın 126. maddesinin birinci fıkrasında, "Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır." denilerek il ve ilçe idarelerinin kurulması ve sınırlarının belirlenmesinde (i) coğrafi konum, (ii) ekonomik şartlar ve (iii) kamu hizmetinin gerekleri ölçütlerini koymuştur.

10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesinin (A) fıkrasında, il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanmasının kanun ile yapılacağı belirtildikten sonra (D) fıkrasında, "Kaza kurulmasında ve kaldırılmasında, bir kazanın başka bir vilayete bağlanmasında ve merkezinin belirtilmesinde, sınırlarının değiştirilmesinde ve (B, C, Ç) fıkralarında yazılı hallerde ilgili vilayetler idare heyetleriyle umumi meclislerinin mütalaaları alınır." kuralına yer verilmiştir.

5442 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (D) fıkrasında, ilçe sınırlarının değiştirilmesinde il idare kurulu ile il genel meclisinin mütalaalarının alınmasını zorunlu görülmesinin temelinde, sınırı değiştirecek yerleşim yerinin coğrafi konumunu, ekonomik şartlarını ve kamu hizmetlerinin gereklerini, yasakoyucunun değil, yerel meclislerin bilebileceği düşüncesi yatmaktadır.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 128. ve 129. maddeleriyle Barbaros Mahallesi, Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanırken, İstanbul İl İdare Kurulu'nun görüşü alınmamış; Barbaros Mahallesi'nin coğrafi konum, ekonomik şartlar ve kamu hizmetinin gerekleri bakımından Ümraniye İlçesine bağlanmasının gerekçeleri ortaya konulmamıştır.

Kaldı ki Barbaros Mahallesi hiçbir zaman Ümraniye İlçesinin bir mahallesi olmamış; Ataşehir İlçesine 5747 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendiyle

Kadıköy İlçesinden geçmiş; İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuzsuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir.

Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içindedir ve Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçe Belediyesi Hizmet Binasına yaklaşık 500 metre mesafede iken, Ümraniye İlçe Belediyesi Hizmet Binasına ise yaklaşık 10 km. uzaklıktadır.

Bu itibarla, eldeki teknik bilirkişi raporu, yargı kararları ve Bakanlar Kurulu Kararı Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğunu ortaya koyarken, coğrafi ve ekonomik şartlar ile kamu hizmetlerinin gerekleri ortaya konulmadan ve İstanbul İl İdare Kurulunun görüşü alınmadan Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 126. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ortada coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarından çıkarılarak, Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasını zorunlu kılan hiçbir gerekçe yoktur. Tek neden, "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin Barbaros Mahallesinde yapılıyor olmasıdır. Siyasi iktidarın "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin kendi partisinin belediye sınırları içinde olmasını istediği için iptali istenen düzenlemeyi yapmıştır. Bu itibarla iptali istenen düzenlemede kamu yararı olmadığı gibi adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle de uyumadığından hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 128. maddesindeki, "... sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, ..." ibaresi ile 129. maddesindeki "... üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

23) 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(a) Birinci cümlesindeki “Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ...” ibaresi ile “... Bakanlıkça belirlenecek ...” ibaresinin ve “DEİK bütçesini Bakanlık denetler.” şeklindeki Altıncı Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

aa) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), Türkiye’nin 24 Ocak 1980 Kararlarıyla ekonominin dışa açılması ve ihracata yönlendirilmesi hedefinin bir parçası olarak özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, müteahhitlik ve lojistik başta olmak üzere dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, ve yurt içi ve yurt dışı yatırım imkânlarını araştırmak, yatırımları ihracatçı sektörlerle yönlendirmek ve ihracatı artırmak amaçlarına yönelik olarak dönemin Başbakanı merhum Turgut Özal’ın öneri ve teşvikleriyle Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)’nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB’un bir parçası olarak ve dernek statüsünde kurulmuştur. 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 58. maddesiyle ise özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşmuştur.

5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin DEİK’in kuruluş ve görevlerine ilişkin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledi:

“Birliğin gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK’tir. Kurul ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürütür.

Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esaslar Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kurulun bütçesi, kurucu kuruluşların Kurul yönetim kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşur. Kurul bütçesini Birlik denetler.”

6552 sayılı Kanun’un 144. maddesiyle 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin yukarıda yer verilen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılırken; 142. maddesiyle ise 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi değiştirilerek (2) numaralı fıkrasıyla şöyle bir DEİK öngörüldü:

“Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, Bakanlıkça belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK’tir. DEİK, ikili ekonomik ilişkilerini İş Konseyleri aracılığıyla yürütür. DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir. DEİK’in bütçesi, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşur. DEİK bütçesini Bakanlık denetler. Bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümler uygulanmaz.”

Böylece, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında olması, DEİK bütçesini Ekonomi Bakanlığının denetlemesi ve DEİK kurucuları ile üyelerini Ekonomi Bakanlığının belirlemesi DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenmesi ve bu hükümlerin uygulanması sırasında diğer kanunlarda yer alan benzer veya aynı mahiyette hükümlerin uygulanmaması öngörülmüştür.

ab) Anayasaya Aykırılık Sorunu

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu hizmetlerini kamu yararına kamusal yapı ve süreçlerde yürüten kamu idarelerinden olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir. Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsündedir.

Nitekim, 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde dernek, "Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder." şeklinde tanımlanarak "bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek" amacı ile tüzel kişiliklerine vurgu yapılmış; 36. maddesinde ise "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır." denilerek özel hukuk hükümlerine tabiliği ortaya konmuştur.

Bu bağlamda, Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmayan DEİK, görevleri ve hukuki statüsü bağlamında dernektir ve her dernek gibi aksine bir düzenleme olmadığı sürece –aksine düzenleme Anayasaya aykırı olur- 5253 sayılı Dernekler Kanununa tabidir.

Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında ancak kamu hizmetlerini kamu hukukuna tabi süreçlerde kamu yararına yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuş ilgili ve ilişkili kuruluşları olabilir ve Ekonomi Bakanlığı ancak ilgili ve ilişkili kuruluşlarının bütçelerini denetleyebilir.

Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının dahi organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçileceği ve bunlar üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği öngörülmüşken; "özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip" olarak kurulan DEİK'in kurucularının ve yönetiminin Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi, bırakınız "demokratik hukuk devleti" ilkesine dayanan Anayasal Cumhuriyetleri, korporatist Faşist devletlerde dahi görülmemiştir.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayanılarak Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Dış Ekonomik

İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in (bundan sonra Yönetmelik) 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu, Bakanlık tarafından belirlenen ve Ek-1’de yer alan kurucu kuruluşlardan oluşur.” denilerek, “EK-1 DEİK Kurucu Kuruluşları” listesinde 99 kurucu kuruluşa yer verilirken; (2) numaralı fıkrasında ise “Bakanlık, kurucu kuruluş statüsünü sona erdirmeye ve yeni kuruluş eklemeye yetkilidir” denilerek, Bakanlığa kurucu kuruluşlar arasında yer verilen kuruluşların tepesinde “Demokles’in Kılıcı” olma işlevi yüklenmiştir.

Yönetmelikte bunlarla yetinilmemiş; 7. maddesinde DEİK Genel Kurulu’nun 4. maddenin (1) numaralı fıkrasınca Bakanlık tarafından belirlenmiş olan 99 kurucu kuruluşun her birinden birer üyeden 99 üye; İş Konseyi başkanları; Bakanlıkça ayrıca belirlenecek yirmibeş üye ve DEİK onursal üyelerinden oluşacağı belirtilmiş; 8. maddenin (1/b) bendinde DEİK onursal üyelerini Genel Kurul’un seçeceği ve 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise İş Konseylerinin Yönetim Kurulunun önerisi ile Bakanlıkça kurulacağı ve gerektiğinde aynı şekilde sona erdirileceği belirtilerek DEİK Genel Kurulu değil de sanki Ekonomi Bakanlığına bağlı bir Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT)nün yönetim kurulu oluşturuluyormuşçasına doğrudan ve dolaylı yollarla Bakanlık tek ve mutlak belirleyici hale getirilmiş; yetmemiş 9. maddenin (2) numaralı fıkrasında DEİK Yönetim Kurulu Başkanının Ekonomi Bakanı tarafından belirleneceği (atanacağı demek lazım) ve görevden alınacağı; 19. maddesinin (3) numaralı fıkrasında DEİK Genel Sekreterinin Yönetim Kurulunun tavsiyesi üzerine Bakanlığın onayı ile atanacağı, gerek görülürse aynı usulle Genel Sekreter Yardımcılarının da atanacağı belirtilerek idari kadronun belirlenmesi dahi Bakanlığın tekeline alınmış; yetmemiş 28. maddenin (3) numaralı fıkrasında; “Bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde 2015 yılında gerçekleştirilecek Genel Kurul toplantı tarihine kadar görev yapacak Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri Ek-2’de yer alan kişilerden oluşur.” denilerek Bakanlığın belirlediği 35 işadaminin ismi Yönetim Kurulu Üyeleri listesinde, 5 işadaminin ismi ise Denetim Kurulu Üyeleri listesinde sayılmıştır.

DEİK’in görevi özel sektörün değil de KİT’lerin dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, özel hukuk hükümlerine tabi özel hukuk tüzel kişisi değil de Ekonomi Bakanlığı’nın yurtdışı teşkilatıymışçasına yukarıdaki şekilde düzenlendikten sonra 24. maddesinde, DEİK’in gelirlerinin; kurucu kuruluşlar arasında yer alan ve Yönetmeliğin 9. maddesinde sayılan TOBB, TİM, TUSİAD, MÜSİAD ve TMB’nin bir önceki yıl gelirlerinin yüzde birinin; EK-1’de sayılan 99 kurucu kuruluştan İhracatçı Birlikleri, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret ve Sanayi Odalarının bir önceki yıl gelirlerinin binde beşinin ve diğer kurucularından ise alınacak üyelik aidatlarından oluşması öngörülmüş ve 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasıyla da DEİK’in malvarlığına el konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında verdiği;

18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında; 4059 sayılı Kanunun 6. maddesindeki, “İhracatçı Birlikleri, İthalatçı Birlikleri ve bunların üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyişleri, gelirleri, gelirlerinin kullanım esasları, iştiğal sahaları, denetimleri, organları ve üyeliğe ilişkin esasları ile üyelerinin hak ve yükümlülüklerini gösteren statüleri Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenir.” kuralını;

“Birlikler, bu yapılarıyla, Anayasanın 123. maddesi kapsamında yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulan kamu tüzelkişileri olmadıkları gibi, amaçları, işlevleri ve nitelikleri itibarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzemekle birlikte, kuruluş ve tüzelkişiliklerinin yasayla oluşturulmaması, organların seçiminin yargı

gözetiminde yapılmaması ve bağlı kuruluş olarak gösterilmeleri nedeniyle Anayasanın 135. maddesinde yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamına da girmemektedir. Bu birlikler, Anayasanın ne 123. ne de 135. maddesine göre tüzelkişilik kazanan kuruluş niteliğindedir.” gerekçesiyle, Anayasanın 7., 123. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

6.11.2008 günlü ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararında; 5661 sayılı Kanunun 2. maddesindeki, “Tarım ve Köyişleri Bakanlığının çiftçi kayıt sistemine kayıtlı çiftçilerden, her türlü aynı ve nakdî yardım, avans, sübvansiyon, prim gibi tarımsal destekleme ve/veya kredi kullanılması işlemlerinde çiftçi belgesi aranmaz.” kuralını;

“Dava konusu kuralların, meslekle bağlantılı kimi alanlarda meslek kuruluşu tarafından verilen belgenin kullanılmasını sınırlandırması ve böylece mesleğin en önemli organının oluşumunu işlevsiz hale getirmesi, Ziraat Odalarının işleyişinde, demokrasiye ve hukuk güvenliğine aykırı düşen, demokratik örgütlenmenin sürekliliğini zaafa uğratan bir düzenlemedir.” gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

10.1.2013 tarihli ve E.2012/128, K.2013/7 sayılı kararında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 16. ve 38. maddelerindeki, “Üst üste iki dönem meclis başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler.” kuralı ile 40. maddesindeki “Üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler.” kuralını;

“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile odalar ve borsaların meclis başkanlığı, yönetim kurulu başkanlığı, konsey başkanlığı ve Birlik Başkanlığı gibi görevlere ‘seçilme hakkı’ demokratik bir haktır. İptali istenen kurallarla, Anayasanın 135. maddesinde öngörülmeyen belli süre başkanlık yapanların aradan sekiz yıl geçmedikçe yeniden seçilemeyeceklerine ilişkin yasağın demokratik gereklerle izahı mümkün değildir. Bu yasak seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşmasını engellediğinden üyeler yönünden ‘seçme’ adaylar yönünden ‘seçilme’ hakkına müdahale oluşturmuştur. Kamu kurumu niteliğinde olsa da sivil toplum örgütlerine bu tür seçilememe yasakları getirilmesi demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacağından Anayasaya aykırılık oluşturur.” gerekçesiyle, Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi dernekler hakkında verdiği;

7.10.1996 günlü ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında; 1996 Mali Yılı Bütçe Kanunu’nun 14. maddesindeki, “Genel ve katma bütçeli kuruluşlar bütçelerindeki faaliyetinde yer alan ödeneklerden yapacakları yardımlarda; anılan kurumların bütçeden alacakları yardımlarla gerçekleştirecekleri hizmet ve faaliyetlerini gösteren plan ve iş programlarını istemek, bunlar üzerinde gerekli incelemeyi yapmak, plan ile iş programlarının gerçekleştirme durumlarını izlemekle yükümlüdürler. Yardımlar yukarıdaki incelemelere bağlı olarak gerektiğinde taksitler halinde yapılabilir.” kuralını;

“2908 sayılı Dernekler Kanunu’nun 61. maddesinin ikinci fıkrasında “genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı müesseseler ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait kuruluşlar, ancak kamu yararına çalışan derneklere ... yardım edebilirler” denilmekte, 45. maddesinde bunların hesap, defter ve işlemleri ile

çalışmalarına ilişkin denetimlerinin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı belirtilmekte, 47. maddesinde ise, kamu yararına çalışan derneklerin mali denetimlerinin gerekli olduğunda Maliye Bakanlığınca da yapılacağı kurala bağlanmaktadır. Oysa, iptali istenen 14. maddede kamu yararına çalışan-çalışmayan ayrımı yapılmadan kimi dernekleri denetleme ve izleme görevi yardımı yapan kuruluşlara verilmektedir.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 78. maddesinde de vakıfların çalışma ve denetimlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilerek Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu konuda görevler verilmiştir.

Bu durumda, Bütçe Yasası'nın 14. maddesiyle Dernekler Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun kimi maddelerinde değişiklik yapıldığı açıktır." gerekçesiyle, Anayasanın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

24.12.2003 günlü ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararında, 4552 sayılı Kanunla değiştirilen 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 71. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki, "Türkiye Kızılay Derneği kuruluş amacına ve uluslararası anlaşmalarla tayin edilen nitelik ve durumuna göre; Türk Hava Kurumu ise kuruluş amacına göre düzenlenen tüzüklerine ve kanunların verdiği görev ve yetkilere uygun olarak teşkilâtlanır ve yönetilir.

Bakanlar Kurulu, Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun;

1. Genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylamaya,

2. Denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine,

a) Organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya,

b) Tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye,

Yetkilidir." kuralını;

"İtiraz konusu kurallarla Türk Hava Kurumu'nun yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yürütmenin yetkili kılınması ve organların görevlerine son verilmesi, Anayasanın 33. maddesinin güvence altına aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kurallar Anayasanın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır." gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak Türk Hava Kurumu yönünden;

13.7.2004 günlü ve E.2004/52, K.2004/94 sayılı kararıyla ise aynı kuralı aynı gerekçelerle Türk Kızılay Derneği yönünden Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

5.1.2006 günlü ve E. 2005/8, K. 2006/2 sayılı kararıyla; 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinin "Kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir.

Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, ağır hapis veya ağır para cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılanların yerlerine, kesin hükme kadar, öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere görevlendirme yapılır.” şeklindeki üçüncü fıkrasının son cümlesini;

“Derneklerin organlarında görev alan üye veya ilgili personelin herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılmaları halinde yerlerine hangi usûlle seçim yapılacağıının her derneğin kendi tüzüğünde belirlenmesi, dernek kurma özgürlüğünün doğal sonucudur.

İptali istenen kuralla, dernek organlarındaki görevlerinden uzaklaştırılan üyeler veya diğer ilgili personelin yerine, kesin hükme kadar öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere, İçişleri Bakanı’nca görevlendirme yapılması dernek kurma özgürlüğüne Anayasanın 33. maddesinde öngörülmeleyen bir müdahale oluşturmaktadır.” gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasanın Başlangıcında, “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ortaya konulmuş; 1. maddesinde “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir.” denilmiş; 2. maddesinde “demokratik devlet” ve “hukuk devleti” ilkelerine yer verilmiş; 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin görevleri arasında sayılmış; 33. maddesinde dernek kurma hürriyeti temel bir insan hakkı olarak düzenlenerek, “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ve üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.” denilmiş; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sadece kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmayacağı kurallaştırılmış; 123. maddesinde idarenin kuruluşu düzenlenirken; 135. maddesinde ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yer verilmiştir.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK’in; Anayasa Mahkemesi’nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında da belirtildiği üzere Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemelerin Anayasanın 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğu; özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsünde olduğu açıktır.

Hukuken dernek statüsünde olan ve niteliği itibariyle hukuken 5253 sayılı Dernekler Kanunu’na tabi bulunması gereken bir organizasyonun, görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı’nın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması, Anayasa Mahkemesi’nin 7.10.1996 günlü ve E.1996/23,

K.1996/36 sayılı kararında vurgulandığı üzere denetimleri sivil alana ilişkin sivil toplum kuruluşları oldukları gözetilerek Dernekler Kanunu hükümlerine göre yapılacak iken, Ekonomi Bakanlığının hiyerarşik bir birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşmuşçasına bütçelerini Ekonomi Bakanlığı'nın denetlemesi ve DEİK kurucularının sivil alanda demokratik örgütlenme özgürlüğünü ortadan kaldırır şekilde Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi; Anayasanın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek kurma, derneğe üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğünün, Anayasada yer almayan sebeplerle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak şekilde özünün ölçüsüzce ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan, iptali istenen, "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında" ile "Bakanlıkça belirlenecek" ibareleri ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." cümlesi, Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmamakla birlikte kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu benzeri bir organizasyon olduğu ileri sürülse dahi, Anayasanın 135. maddesinde öngörüldüğü üzere üyelerinin belirli bir mesleğe mensup olanlar yerine Ekonomi Bakanlığınca belirlenenler olması, Anayasanın 135. maddesinde belirtildiği ve Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında vurgulandığı üzere "organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması"; faaliyetlerini özerk yürütmek yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması ve Devletin idari ve mali denetimi yerine vesayet denetimini de açacak şekilde bütçelerinin doğrudan Ekonomi Bakanlığı'nca denetlenecek olması, Anayasanın 135. maddesindeki kurallarla da bağdaşmamaktadır.

Asıl vahimi, iptali istenen düzenlemelerin Anayasal siyasal rejimle bağdaşmazlığıdır. Cumhuriyet olarak nitelendirilen demokrasi kavrayışı kamusal alan ile sivil alanın birbirinden yalıtılması ve sivil alana örgütlenme özgürlüğü sağlanmasını gerekli kılar. Tasarruf, yatırım ve üretimin artırılarak işsizliğin düşürülmesi, eğitim, sanayi ve teknoloji politikalarıyla tasarrufların yüksek katma değerli alanlara yatırılması, dış ve iç yatırım olanaklarının araştırılması, dış ekonomik ilişkilerin geliştirilerek ekonominin ihracatçı ve döviz kazandırıcı sektörlerle yöneltilmesi vb. amaçlar geçmişte olduğu gibi günümüzde de ülkelerin bugünü ve geleceği açısından fazlasıyla önemlidir ve bu alanda Devlete de görevler düştüğü şüphesizdir. Anayasada bu görevlere de yer verildiğinden Devlet'in bu görevlerini yerine getirebilmesi için, Ekonomi Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı gibi bakanlıklar yanında Kalkınma Ajansları, TÜBİTAK, TSE gibi kamu idareleri kurularak bunlara kuruluş kanunlarında ekonomiye ve dış ekonomik ilişkilere ilişkin görevler verilmiş ve Anayasanın 166. maddesinde Ekonomik ve Sosyal Konsey öngörülmüştür. Tüm bunların yetmemesi durumunda iş dünyası örgütleri ile ortak proje ve çalıştaylar gerçekleştirilerek aynı hedeflere yönelinmesinin önünde hukuksal engeller yoktur.

Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan demokrasi, Anayasanın Başlangıç kısmıyla 2. ve 5. maddelerinde, devletin dayanmak, korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğu ilkeler arasında yer almakta, güçler ayrılığı, bağımsız ve tarafsız yargı, güvence altına alınmış özgürlükçü yapısı hukuk devletinin altyapısını oluşturmaktadır. Demokrasilerin ayırt edici özelliği, insan haklarının en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması, özgürlük, serbest irade, hukuk güvenliği ve serbest seçimlere dayanmasıdır.

Demokrasi, siyasal rejimin ötesinde aynı zamanda bir yaşam biçimidir ve siyasal alandaki varlığı ve devamlılığı sivil alandaki köklerinin yaygınlığı ile sağlamlığına bağlıdır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuşçasına görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütmesi, bütçesinin Ekonomi Bakanlığı'nın denetimine tabi olması ve kurucularının Ekonomi Bakanlığınca belirlenip yöneticilerinin Ekonomi Bakanlığınca atanmasına ilişkin iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2. maddesinde temel nitelikleri belirtilen demokratik devlet ilkesine ve devletin temel amaç ve görevleri belirtilen 5. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ..." ibaresi ile "... Bakanlıkça belirlenecek ..." ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33. 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK'in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklanmıştır.

Anayasanın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak" amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapamayacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; "özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek" Ekonomi Bakanlığı'nın görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında

olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı'nun düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluşmuş gibi düzenlenen DEİK'in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme

anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(c) Yedinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesiyle, 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı kurallaştırılmıştır.

Diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin başında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yer almakla birlikte, söz konusu hükümler 6552 sayılı Kanunun 144. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış; birinci ve ikinci fıkraları ise yürürlükte. Dolayısıyla iptali istenen cümle bağlamında 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmayacaktır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir ve tanımlayıcı niteliklerine (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olması) göre hukuksal olarak dernek statüsündedir. Nitekim, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesindeki tanıma göre de hukuken dernektir. Dolayısıyla 5253 sayılı Dernekler Kanununun ve 5253 sayılı Kanunun 36. maddesindeki "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır." göndermesiyle de 4721 sayılı Kanunun kapsamındadır.

İptali istenen düzenleme ise DEİK ile kuruluşuna katılacakların Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğünü hayata taşıyan 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile

Anayasanın İkinci Kısım- Birinci ve İkinci Bölümlerindeki temel hak ve hürriyetleri hayata taşıyan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinden yararlanmamalarını öngörmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların hak ve adalet ölçülerine uygun olması ve kamu yararını gerçekleştirme hedeflemesi hukuk devleti olmanın gerekleri arasındadır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan ve tanımlayıcı özellikleri itibariyle hukuken dernek statüsünde olan DEİK hakkında Dernekler Kanunu ve hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmaması yoluyla, DEİK kurucuları ile kurucu adaylarının Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğü ile Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarının engellenmesinde kamu yararı olmadığı, demokratik devlet ilkesinin sivil alandaki uzantısı olan demokratik yaşam biçimiyle bağdaşmadığı ve insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri ölçüsüzce sınırlandırarak kullanılamaması sonucunu doğurduğu için Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1/a-b) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılmasını ve ihaleye çıkılacak yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu veren düzenlemeler, Anayasaya açık aykırılıklar taşımaktadır. İptali istenen kuralların uygulanması durumunda kamu hizmetlerindeki bütünlük ve tamamlayıcılık bozularak kamu hizmetleri zaafa uğrayacak ve hukuk sistemi ileride telafisi olmayan zararlar görecektir.

2) Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi ile 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesini öngören iptali istenen kurallar, Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olup; uygulanmaları durumunda özellikle toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimleri olan ücretli taşeron işçilerinin ileride telafisi olmayan zarar ve zararları ortaya çıkacaktır.

3) Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerini 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırıdır ve uygulanması durumunda çalışanların yaşam haklarının sona

ermesine yol açacak iş kazalarına davetiye çıkardığından, çalışanların ölüme uzanan ve telafisi olmayan zararlarına yol açacaktır.

4) İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda geçmişte olduğu gibi gelecekte de sendikal özgürlüklere büyük bir darbe vurarak çalışan ücretli kesimlerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

5) İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemenin uygulanması durumunda, Ekonomik Sosyal Konseye üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ve sendika üyesi işçiler ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan sendikalar ile üyelerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacak ve demokrasimiz bundan olumsuz etkilenecektir.

6) Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatlarının vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Türkiye Barolar Birliğinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

7/a-b) İptali istenen düzenlemeler, Anayasaya aykırıdır. Kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının durdurulması ve suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı uygulama yapılması, hakları ihlal edilen kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacaktır.

8) Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmayarak ödedikleri tutarların red ve iade veya mahsup edilmemesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenleme uygulamaya başladığı anda yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin zarar ve ziyarıyla sonuçlanacaktır.

9) Usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınması, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarına yol açılarak ileride telafisi olmayan maddi zararları ortaya çıkacaktır.

10-11) İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanmaları, dava açmama, açılan davalardan vaz geçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemelerin uygulanması, dava açmayarak veya açtığı davadan vazgeçerek yapılanmadan yararlananlar açısından da dava açanlar veya açtıkları davadan vazgeçmeyerek yeniden yapılanmadan yararlanmayanlar açısından da ileride telafisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanlarla sonuçlanacak riskler taşımaktadır.

12) Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen “münasip bir bedel” karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenleme’nin uygulanması halinde eser sahibinin mirasçılarının ileride telafisi olmayan maddi zararları yanında düşünce özgürlüğü sınırlanan yurttaşların ileride telafisi olmayan manevi zararları ortaya çıkacaktır.

13) İptali istenen ifade Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine aykırıdır. Denetimi DSI tarafından yapılan su yapıları için de denetim masrafı alınmasıyla sonuçlanabilecek düzenleme, kişilerin kamu hizmetinden bedelini ödeyerek yararlanmalarına yol açarak ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarıyla sonuçlanacaktır.

14) Yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, Anayasanın 2., 36. ve 153. Maddelerine aykırıdır ve uygulanması halinde avukatlık hizmetlerinden yararlanmak durumunda olanların bu hizmeti yetkin ve uzman ellerden alamamaları nedeniyle kişiler yönünden ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacakken, bir bütün olarak hukuk sistemi de ileride telafisi olmayan olumsuzluklarla karşı karşıya kalacaktır.

15) Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır. Uygulanması halinde üstünden teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılan taşınmaz sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açılacaktır.

16) Özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan “kamu yararı”nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alım hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başkaca amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçılarının yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda eski malik veya mirasçılarının ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

17) Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin lehine ve kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğinden, Anayasanın 2. Ve 36. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacağı aşikardır.

18) Meraların yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırıdır. Maddenin uygulanması durumunda bundan hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında meraların işlevi göz önüne alındığında çevreye, çevre sağlığına ve sürdürülebilir çevreye verilecek zarar ve ziyanlar nedeniyle tüm insanlar dahil tüm canlıların ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

19) İptali istenen cümle Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda, aile hekimleri, aile sağlığı elemanları ve Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personelinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

20) Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmalarını öngören düzenleme, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmaların ileride telafisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

21) Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil talep eden herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olması, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda hem belediyelerin, hem belediye hizmetlerinden yararlananların ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

22) Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırıdır. Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğundan İptali istenen düzenlemelerin uygulamada kalması durumunda Barbaros Mahallesi sakinlerinin belediye hizmetlerinden yararlanması sektöre uğrayacağından ileride telafisi zor veya imkansız zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

23/a-b-c) Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuş gibi düzenlenmesi Anayasaya aykırıdır. TOBB'un bünyesindeki DEİK ortadan kaldırılmış, Yönetmelik ile yönetimi feshedilmiş, malvarlığına el konulmuş, fiilen ve hukuken Ekonomi Bakanlığına bağlı yeni bir DEİK kurulmuştur. Düzenlemenin uygulamasının devam etmesi halinde DEİK kurucuları ve kurucu adayları ile üye ve üye adaylarının ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında demokrasimize ve demokratik değerlerimize verdiği zarar her gün artarak devam edecektir.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri

güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”un;

1) 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin;

a) Birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine,

b) İkinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine,

2) 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, “Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.” cümlesi, Anayasanın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine,

3) 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine,

4) 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine,

5) 21. maddesiyle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine,

6) 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki “... ve vekaletname ibrazı ...” ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

7) 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü fıkra, Anayasanın 2., 14. ve 35. maddelerine,

b) Dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine,

8) 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddesinin birinci fıkrasındaki, “ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.” ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

9) 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, “İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir.” cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine,

10) 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, “... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

11) 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, “... dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.” ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

12) 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine,

13) 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, “... denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere...” ibaresi ile “ ...veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ’ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.” Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine,

14) 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine,

15) 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrasındaki, “Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez.” cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine,

16) 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine,

17) 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine,

18) 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine,

19) 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine,

20) 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine,

21) 121. maddesindeki, “5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “arsa” ibaresi “taşınmaz” olarak değiştirilmiş” ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine,

22) 128. maddesindeki, "... sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, ..." ibaresi ile 129. maddesindeki "... üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş ve ..." ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine,

23) 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a) Birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında ..." ibaresi ile "... Bakanlıkça belirlenecek ..." ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33., 123. ve 135. maddelerine,

b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "... belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ..." ibaresi ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine,

c) Yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine,

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

B- Ek Dava Dilekçesi Şöyledir:

"Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin(23/b) sırasında iptali istenen hükümler;

"b)Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...'ibaresinin" şeklinde olacak iken; "yönetmelikte belirtilen" ibaresine yer verilmemiş olması nedeniyle;

"Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '...kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...' ibaresinin" şeklinde yer almıştır.

Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin (23/b) sırasının;

“b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki ‘...yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...’ibaresinin” şeklinde düzelttiğimize ilişkin talebimizin kabulünü dilekçede belirtilen ve aşağıda tekrar edilen aynı Gerekçeyle Yüksek Mahkemenizin bilgisine saygılarımızla sunarız.

GEREKÇE

“23) 6552 Sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(b) Dördüncü Cümlesi ile beşinci cümlesindeki “... yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK’in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan “Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gerekçeler’in 23/a maddesinde) açıklanmıştır.

Anayasanın 124. maddesinde, “Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir.” kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, “kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak” amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapamayacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; “özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek” Ekonomi Bakanlığı’nın görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gerekçeler’in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK’in ve DEİK’e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı’nın düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluşmuş gibi düzenlenen DEİK'in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme

yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır.”

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki “... yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve ...” ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.””

[1] <http://t24.com.tr/yazi/akpnin-10-yilinda-sendikalaşma-yuzde-38-geriledi/5835>

[2] Kaynak; Türkiye’de Hekimlerin Çalışma Koşullarının İrdelenmesi, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi, Handan Kumaş, Fatma Yücel Beyaztaş, C.Ü.Tıp Fakültesi Dergisi, 29 (3):123-127, 2007.

[3] Hekimlerin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Etik Açısından Değerlendirilmesi, İnci Hot ve Esin Karlıkaya (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı)

[4] Aktaran Zafer Gören, temel hakların sınırlandırılması- sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59

[5] Zafer Gören, a.g.e.