

“ ...

1. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 4. Maddesi ile 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (7) numaralı bentte yer alan “*mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

6136 sayılı Kanun’un 7. maddesi ateşli silah taşıyabilecekleri ve bulundurabilecekleri düzenlemektedir. (7) numaralı bentte ise en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış olanların da silah taşıyabileceği ve bulundurabileceği öngörülmüş ve bunun istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre kesinleşmiş yargı kararına göre görevine son verilenler ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, *mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı* olanlar bu haktan yararlanamayacaklardır.

İptali istenen kuralda yer alan “*mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” ibaresinde yer alan mensubiyet, iltisak ve irtibat kavramlarının içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Bir haktan yararlanma engeli veya disiplin suçu olarak öngörülen bu fiiller oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırıma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmadığı gibi uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır.

Yasaların içeriğinin belirliliği ve öngörülebilirliği hukuka bağlı yönetimin en temel gereklerinden biridir. Bireyler en azından bir uzmanın yardımıyla hukuk kuralının kendisinden hangi davranışı beklediğini, davranışlarının sonuçlarının ne olacağını öngörebilmelidir. Bu birey özgürlüğünün de asgari koşuludur. Yasaların hangi davranışı yasakladığını ve hangi davranışı serbest bıraktığını öngöremeyen bir bireyin davranışlarını özgürce belirlemesi mümkün olmadığı gibi, bir davranışın sonuçlarının ne olacağını öngöremeyen bireyin davranışlarından sorumlu tutulması da birey özgürlüğü ile bağdaşmaz. Hukuk devletinin yasaların öngörülebilirliğine atfettiği önem, özgürlük ile öngörülebilirlik arasındaki bu ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iptali istenen içeriği belirsiz kavramlar öncelikle Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak Anayasa’nın 13. maddesinde temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine yer verilmiştir. Kanunla sınırlama ilkesinin nedeni birey haklarına keyfi müdahaleyi engellemek olup, yasama organının açık tartışma ile kabul ettiği bir yasa çerçevesinde temel haklara müdahaleye izin verilmesi bireylerin temel haklarını korumayı amaçlamaktadır. Birey haklarına müdahaleye izin veren yasalar ancak içeriği belirli, anlamı öngörülebilir ise kendisinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Temel haklara müdahaleye izin veren bir yasanın içeriği muğlak ve tanınan yetkinin kapsamı konusunda belirlilik içermiyorsa yasayla sınırlama ölçütü ihlal edilmiş demektir. Bu nedenle içeriği belirsiz olan iptali istenen kurallar Anayasa’nın 13. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Kanun altı düzenlemeler, hatta KHK'lar ile ceza normu konamaz. Suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırıma tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre disiplin suç ve cezaları da 38. maddede öngörülen kanunilik ilkesine tabidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011). İptali istenen kural muhtar ve belediye başkanlarına ilişkin bir disiplin kuralı olup bu kişilerin silah taşımaya ve bulundurmaya izin verilmemesini düzenlemektedir. Ruhsat alamama sonucunu doğuracak fiilleri düzenleyen kuralın hangi eylemin bu sonucu doğuracağını açık bir şekilde ortaya koyması gerekir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi bu kavramların içeriği ve kapsamı belli olmadığı gibi, bu açıklığı sağlayacak ne bir alt düzenleme ne de yargısal içtihat ortaya çıkmış değildir. Nitekim Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws Nos 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]) 128-131. paragraflarında bu duruma açıkça dikkat çekmiş ve kavramların içeriğinin açıklığa kavuşturulmasını tavsiye etmiştir. Venedik Komisyonunun görüşünün yayınlandığı günden bu zamana kadar da bu açıklığı sağlayacak herhangi bir gelişme yaşanmamıştır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddelerine açıkça aykırıdır ve iptali gerekir.

2. 7079 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 6. Maddesi ile 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununun 6. maddesine eklenen birinci fıkranın ilk cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 6. maddesiyle 11/1/1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununun 6. maddesine eklenen ikinci fıkra ile Vakıflar Bankasının, yönetimi ve temsili Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait olan A ve B Grubu hisselerinden, mülhak vakıflara ait olanlar dışındakilerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek hisse değeri üzerinden Hazine'ye devredilmesine ve bu hisselerin devir bedelinin Hazine tarafından, Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilecek vadeleri 4 yılı aşan bir süreye yayılmış kira sertifikaları ile ödenebilmesine imkan sağlanmıştır.

Ülkemizde yüzyıllar boyunca bir sosyal yardım kurumu olarak hizmet sunmuş bulunan vakıflar, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesini ifade etmektedir.

Faaliyetleri ile sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda önemli hizmetleri yerine getirmiş olan vakıfların ve dolayısıyla da Vakıflar Genel Müdürlüğünün topluma yararlı hizmetlerini

yerine getirmesi, mevcut malvarlığının ve gelir kaynaklarının etkin şekilde kullanılmasına ve değerlendirilmesine bağlıdır.

Türk Medenî Kanununun 101. maddesinde “vakıflar”, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış ve bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedilebileceği belirtilmiştir.

Vakıf kurulabilmesi, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre mümkün olmakla birlikte, Türk Medenî Kanununun yürürlük tarihinden önce kurulmuş olan vakıflara da, tarihten gelen özellikleri, kuruluş irade ve amaçları ile vakıf senetlerindeki koşullar gereği korunmaları ve sürekliliklerinin sağlanması hususları gözetilerek, Vakıflar Kanunu kapsamında yer verilmiş ve mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları, esnaf vakıfları ve yeni vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimi, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usul ve esaslar 20/2/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununda düzenlenmiştir.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 3. maddesinde ise,

“Akar: Vakıf amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesi zorunlu olan taşınır ve taşınmazları” hükmüne,

“Vakıfların mal edinmesi, akar cinsinden olan malların değiştirilmesi” başlıklı 12’nci maddesinde ise,

“Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.

Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflara, başlangıçta özgülenen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu üzerine, haklı kılan sebepler varsa, Denetim Makamının görüşü alınarak mahkeme kararı ile sonradan iktisap ettikleri mal ve hakları ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca düzenlenecek rapora dayalı olarak vakıf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir.”

Hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasanın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilmiştir.

Anayasanın 13 ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması mümkün olup itiraz konusu hükmün yasalaşması sürecinde tüzel kişiliği haiz bulunan vakıfların kamuya yararlı hayır kuruluşları oldukları hususu gözetilmemiş, bu durum karşısında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeye ilişkin üstün kamu yararının ne olduğu ve gerekçesi açık ve net bir şekilde ortaya konulmamış böylece vakıfların anayasal mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Oysa mülkiyet hakkı, ancak açık ve tartışmasız bir kamu yararı beklentisinin varlığı ve beklenen bu kamu yararı ile kişilerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin de sağlanmış olması halinde sınırlandırılabilir. Aksi halde sınırlamanın haklı, ölçülü ve orantılı olduğundan söz edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, itiraz konusu hükümle mülkiyeti vakıflara ait bulunan hisseler karşılığındaki devir bedelinin vakıf tüzel kişilikleri yerine Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilecek kira sertifikaları ile ödenmesi öngörülmüş olup bu durum hisse sahibi bulunan vakıfların mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Bu nedenlerle itiraz konusu düzenleme Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

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

İtiraz konusu hükümle mülkiyeti vakıflara ait bulunan ve bunlar bakımından düzenli gelir kaynağı niteliğindeki Vakıflar Bankası hisselerine Bakanlar Kurulunca tek taraflı olarak belirlenecek bedel üzerinden el konulmasına imkân sağlanmıştır. Bu süreçte hisse sahibi vakıfları yönetme ve temsiline yetkili bulunan Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Vakıflar Meclisine herhangi söz, pazarlık ve değerlendirme hakkı verilmemiştir.

Vakıflar Bankası hisselerinin maliki olan vakıflar, itiraz konusu kural ile kamuya yararlı hizmetlerinin yürütülmesi bakımından kritik öneme sahip düzenli gelir kaynaklarından yoksun bırakılmıştır. Ödenecek hisse alım bedelinin dört yılı aşan bir süreye yayılarak ve kira sertifikaları ile ödenmesi öngörülmüş böylece vakıfların mali yapılarının zayıflamasına yol açılmıştır. Oysa Vakıflar Kanunu’nun 12. maddesinde akar niteliğindeki malların elden çıkarılması daha yararlı olanları ile değiştirilmesi, paraya çevrilmesi veya değerlendirilmesi koşuluna bağlanarak vakıf malvarlığının ve gelirlerinin korunması, mali yapısını zayıflatacak tasarrufların engellenmesi amaçlanmıştır. Belirtilen nedenlerle, hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkeleri ihlal edilmiş olup itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

3. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 13. Maddesi 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanuna eklenen Geçici madde 25’in birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 13. maddesiyle 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanuna geçici maddeler eklenmiştir.

Geçici madde 25 ile Bursa İli Gemlik İlçesinin deprem tehlikesi altında bulunması ve İlçe sakinlerinin hâlihazırdaki yerleşim yerlerinden nakledilmesinin zorunlu bulunması sebebiyle, orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen ve tarım alanına da dönüştürülmesi mümkün olmayan yerlerden, Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar, Orman Genel Müdürlüğünce orman sınırları dışına çıkarılarak tapuda Hazine adına resen tescil edilecektir.

Ormanlar anayasa tarafından koruma altındadır. Anayasanın 169. maddesi uyarınca Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymakla ve tedbirleri almakla yükümlüdür. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Yine ormanların mülkiyeti, tahrip edilmesi, yok edilmesi ve daraltılmasına ilişkin hususlar da anayasada düzenlenmiştir. 169. maddenin son fıkrası ise şu şekildedir: “Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz.” İptali talep edilen düzenleme ile Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar anayasada açıkça düzenlenmiş olan daraltma yasağına rağmen orman vasfının kaybedilmesi sonucunu doğuracaktır. Anayasanın esas aldığı kritik tarih 31.12.1981 tarihidir. Bir yerin orman vasfını kaybetmesi dolayısıyla orman alanından çıkarılabilmesi için kritik tarihten önce vasıf kaybının gerçekleşmiş olması gerekir. Öngörülen düzenlemede bu kritik tarih ortadan kaldırılmıştır. Böylece ormanların yakılarak veya kesilerek orman alanından çıkarılmasının yolu açılmıştır.

Anayasanın böyle bir tarih belirlemesinin temel nedeni ormanların yakılarak veya kesilerek orman alanının dışına çıkarılmasını önlemektir. İptali istenen kural bu anayasal sınırı göz ardı ederek ormanların tahribine ve daraltılmasına olanak tanımaktadır. Bu sebeple düzenleme Anayasa'nın 169. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir, iptali gerekir.

4. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 17. Maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafta yer alan “yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresinin ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

A. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafta yer alan “yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. Maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın

ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğı, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğı, devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliğı önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı maddelerine aykırıdır.

a. Anayasanın 2 inci Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğı bilincinde olan devlettir.

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğerk kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ve diğerk özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiğı gibi, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması, sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan çalışma yaşı sınırı 65’dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğerk görevliler hakkında sınırı belirlenmiş önceden öngörülmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken; 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değıştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi ile özelleştirme mağduru olan ve 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına

atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair ibare koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin statü değişiklikleri ve daha önce çalıştıkları kurumların özelleştirilmiş olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanmadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin; koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul neden olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir. Hâlihazırda kamuda çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer görevlilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların "dengeli ve makûl" ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu; aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesinde yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan "yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar" ibaresi ile özelleştirme mağduru olan ve 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare, kamu personeli olarak herhangi bir talep veya irade beyanları olmamasına rağmen mevcut çalıştıkları 4 (C) statüsünden 4 (B) Statüsüne geçirilmelerini öngördüğü gibi ilgili Kanun değişikliğinde 4(C) statüsü de kaldırılmıştır.

Bir diğer deyişle bu çalışanlar isteseler dahi mevcut statülerini koruyamayacaklardır. Geçirildikleri statüde çalışan diğer personelin haklarından da yararlandırılmamaktadırlar ve farklı hükümlere tabi kılınmaktadırlar. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz. Ancak bu kanun değişikliğiyle iki farklı 4 (B) statüsü ortaya çıkmaktadır. Birinci statüde çalışanlar, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda belirtilen yaş haddi olan 65 yaşında emekli olurken bu kanun değişikliğiyle 4 (B)

statüsüne geçirilenler ise bu yaştan farklı olarak 4447 Sayılı Yasa ile belirlenmiş olan kademeli yaşlara göre emekli edileceklerdir. Emekliliğe hak kazanma ile kamuda belirli bir yaştan sonra çalışmama birbirinden farklı durumlardır. Yine geçişi yapılan bu personele ücret ve özlük hakları açısından da farklı uygulama yapılmaktadır. Yaratılan bu durum nedeniyle kamuda çalışmaya yeni başlayan bir sözleşmeli personel ile hâlihazırda uzun yıllardır çalışan ancak bu madde hükmü nedeniyle kendi isteği dışında başka bir statüye geçirilen personel açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalet ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle; sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devletin, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi ile özelleştirme mağduru olan ve 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması; hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa’nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa’nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ - Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliği sağlamak için kurumsal yapılaştırmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür. Devlet’in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken, sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; “Türkiye’nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği” hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, kamuda halen çalışmakta olan personelden sadece bir kısmı için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak kişileri zorla emekliliğe sevk

etmektedir. Bu düzenlemenin, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa'nın 65 inci maddesindeki Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye'de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan statüsü değiştirilen kişiler için değiştirilmesi, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınmaz.

Ülke yönetiminde görev ve sorumluluk üstlenmiş her meslek kesiminden deneyimli kamu görevlilerini söz konusu kanunla, daha erken emekli olmaya zorlamanın; ülkenin içinde bulunduğu iç ve dış koşullar, ülke çıkarları ve kamu hizmetlerinin gerekleri, dolayısı ile kamu yararı ile bağdaştırılması da olanaksızdır.

Diğer yandan iştirakçilerin görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş sınırının 65'ten farklı bir yaş olarak tanımlanması nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığına da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde görülen zorunlu emeklilik yaş sınırının altında bir yaş sınırı belirlenerek, kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir.

Avrupa Birliği'nin 2000/78/EC sayı ve 27 Kasım 2000 tarihli Konsey direktifinin 25 sayılı paragrafında, iş yaşamındaki yaşa dayalı ayrımcılığın kaldırılmasının gerekliliği ifade edilirken; söz konusu direktifin 18 inci maddesinde de üye devletlere bu konuda 2003 yılı sonuna kadar önlem almak görevi verilmiştir.

Avrupa Birliği üyeleri bu direktifler doğrultusunda gerekli önlemleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya başlamışlardır. Bu bağlamda zorunlu emeklilik yaş sınırı düşük olan kimi ülkelerde, örneğin İngiltere'de, bu sınırın yükseltilmesi yoluna gidilmektedir.

Bu gelişmeler, zorunlu emeklilik yaş sınırının indirilmesinin, çağdaş demokrasiler bakımından gerekli ve olumlu bir davranış olarak algılanmadığını da göstermektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

B. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir, bu yetki devredilemez. Bilindiği gibi, kamu hukukunda hiçbir devlet organı, Anayasadan veya kanunlardan aldığı yetkiyi, bu metinlerde açık bir izin olmadıkça, başka bir devlet organına devredemez. Yasama yetkisinin devredilmezliği, kanun niteliğinde veya kanun gücünde işlemler yapma yetkisinin devredilmezliği anlamına gelmektedir. Eğer bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlem kanun niteliğinde veya gücündedir. Çünkü bir hukuki işlem, ancak kendisine eşdeğer olan bir işlemle değiştirilebilir, kaldırılabilir. Bu nedenle yasama organı, başka bir devlet organına mevcut kanun hükümlerini değiştirme ve kaldırma yetkisi veremez.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesini yorumlamış ve bu ilkenin ölçütlerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, “Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi; sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir” (AYMK, E:2002/32, K:2003/100, kt, 20.11.2003).

Görüldüğü gibi, yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması da, yasayla düzenleme anlamına gelmemekte ve Anayasa'nın 8. maddesindeki, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı şeklinde ifade edilen “idarenin kanuniliği” ilkesi de bu anlamı taşımaktadır.

Bu bağlamda, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası ile 657 Sayılı Yasanın 4 üncü Maddesine eklenen fıkranın son cümlesi çerçevesinde Bakanlar Kurulu'na 4 (B) statüsüne geçirilen personelin ücret ve sair sosyal haklarını, hatta daha da ileri giderek çalışma şartlarını, çalışma sürelerini belirleme yetkisi vermiştir. Söz konusu düzenleme ile ücret, çalışma şartları ve özlük haklarını belirleme yetkisini yürütmeye devreden düzenleme ile yetki devrinin çerçevesi ve sınırları çizilmemiş ve Bakanlar Kurulu'na kural koyucu, geniş bir takdir alanı tanınmıştır.

Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesinde ise “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir...”

denilmektedir. Bu madde uyarınca 4(B) statüsüne geçirilen personelin özlük hakları, ücret ve çalışma koşulları yine kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda anılan kuralın Anayasanın 7. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekmektedir.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen son fıkrada yer alan “Bu kapsamda istihdam edileceklerin sayısı, öğrenim durumlarına göre çalışma şartları ve bunlara ödenecek ücretler ile diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.” cümlesi Anayasanın “eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesi”ni de ihlal etmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi’nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet’çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu; aynı durumdaki kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesinde yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşulları içermektedir.

Öncelikle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesi ile değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü Maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan “yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi ile özelleştirme mağduru olan ve 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen

hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare, kamu personeli olarak herhangi bir talep veya irade beyanları olmamasına rağmen mevcut çalıştıkları 4 (C) statüsünden 4 (B) Statüsüne geçirilmelerini öngördüğü gibi ilgili Kanun değişikliğinde 4(C) statüsü de kaldırılmıştır.

Bir diğer deyişle bu çalışanlar isteseler dahi mevcut statülerini koruyamayacaklardır. Geçirildikleri statüde çalışan diğer personelin haklarından da yararlandırılmamaktalar ve farklı hükümlere tabi kılınmaktadırlar. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz. Ancak bu kanun değişikliğiyle iki farklı 4 (B) statüsü ortaya çıkmaktadır. Birinci statüde çalışanlar 657 Sayılı Yasa ile belirlenen özlük hakları, ücret ve çalışma şartlarına tabi olurken geçişi yapılan bu personele ücret ve özlük hakları açısından da farklı uygulama yapılmaktadır. Geçişi yapılan personelin ücret, çalışma şartları, özlük haklarını belirleme yetki Bakanlar Kurulu kararına bırakılarak farklı uygulamaya olanak sağlanmaktadır. Yaratılan bu durum nedeniyle kamuda çalışmaya yeni başlayan bir sözleşmeli personel ile hâlihazırda uzun yıllardır çalışan ancak bu madde hükmü nedeniyle kendi isteği dışında başka bir statüye geçirilen personel açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum “kanun önünde eşitlik ilkesi”nin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “ yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanıncaya kadar” ibaresi ile 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın son cümlesi Anayasa’nın 2., 10., 49. ve 60. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

5. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 18. maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43 ün altıncı fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın

ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğı, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğı, devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliğı önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'ün altıncı fıkrasındaki 4 üncü Maddesine eklenen altıncı fıkrasında yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atananların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi Anayasanın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırıdır.

a. Anayasanın 2. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğı bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğerk kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ve diğerk özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiğı gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluştıracaktır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması, sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan çalışma yaşı sınırı 65'dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğerk görevliler hakkında sınırı belirlenmiş, önceden öngörölmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken; 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı

Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'ün altıncı fıkrasındaki 4 üncü Maddesine eklenen altıncı fıkrasında yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atananların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi ile 4 (C) kapsamında istihdam edilen 4 (c) statüsündeki personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair ibare koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin statü değişiklikleri ve daha önce çalıştıkları kurumların özelleştirilmiş olması nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi “öngörülebilirlik ilkesi”ne aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet; sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir. Hâlihazırda kamuda çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer görevlilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'ün altıncı fıkrasındaki 4 üncü Maddesine eklenen altıncı fıkrasında yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atanmaların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu; aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'de yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'de yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atanmaların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi ile 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare, kamu personeli olarak herhangi bir talep

veya irade beyanları olmamasına rağmen mevcut çalıştıkları 4 (C) statüsünden 4 (B) Statüsüne geçirilmelerini öngördüğü gibi ilgili Kanun değişikliğinde 4(C) statüsü de kaldırılmıştır.

Bir diğer deyişle bu çalışanlar isteseler dahi mevcut statülerini koruyamayacaklardır. Geçirildikleri statüde çalışan diğer personelin haklarından da yararlandırılmamaktadırlar ve farklı hükümlere tabi kılınmaktadırlar. Mevcut sistemimizde 657 Sayılı Yasanın Sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin 4 üncü Maddenin (B) fıkrasında bu kişilerin istihdamına ilişkin herhangi bir çalışma yaşı sınırı bulunmadığı gibi aynı kanunun bütün kamu görevlilerine ilişkin memuriyetin Sona Ermesi başlıklı 98 inci Maddesinde de memuriyetten veya sözleşmeli olarak çalıştığı görevin sona ermesine ilişkin düzenlemede “ yaşlılık, malullük aylığına hak kazanma” gibi bir koşul yer almamaktadır. Söz konusu 98 inci Maddenin (ç) fıkrasında “İstek, yaş haddi, malûllük sebeplerinden biri ile emekliye ayrılması” hükmü bulunmaktadır. İstek ve malullük doğrudan 5510 Sayılı Yasanın ilgili maddeleri çerçevesinde sigortalıya tanınan veya çalıştığı görevi fiziken veya mental olarak yerine getiremeyeceği bir sağlık kurulu raporu ile belirlenmiş olan bir haktır. Ancak, yaş haddi ise bunların dışında sigortalının ve kamu idaresinin iradesi dışında tanımlanmış genel ve objektif bir düzenlemedir. Kamuda sözleşmeli personel için tanımlanan yaş haddi ise 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 40 ncı maddesinin birinci fıkrasında 65 olarak tanımlanmıştır. Yine Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar Başlıklı 6.6.1978 tarih ve 7/15754 Nolu Bakanlar Kurulu Kararı’nın 12 nci Maddesinin üçüncü fıkrasında da “(Değişik: 6/12/1993-93/5097) Özel kanunlarında yaş haddine ilişkin özel hüküm bulunan haller dışında, 65 yaşını bitirmiş olanlar sözleşmeli olarak çalıştırılmazlar. Sözleşmeli çalıştırılmakta iken 65 yaşını dolduranların sözleşmeleri, 65 yaşını doldurdıkları tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona erer.” Söz konusu yaş haddinden ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla 7079 Sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile iki farklı sözleşmeli personel statüsü ortaya çıkarılmaktadır. Bu aynı işi yapan, aynı sorumluluklara sahip, aynı statüde olan insanların farklı hükümlere tabi olmasını yaratacağı gibi aynı zamanda özlük ve diğer sosyal ve ekonomik hakları açısından da idare açısından ayrımcı bir uygulamaya maruz kalacaklarını göstermektedir.

Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz. Ancak bu kanun değişikliğiyle iki farklı 4 (B) statüsünde çalışanların emeklilik hakları veya çalışma yaş hadleri de farklılaşacaktır. Birinci statüde çalışanlar, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda belirtilen yaş haddi olan 65 yaşında emekli olurken bu kanun değişikliğiyle 4 (B) statüsüne geçirilenler ise bu yaştan farklı olarak 4447 Sayılı Yasa ile belirlenmiş olan kademeli yaşlara göre emekli edileceklerdir. Emekliliğe hak kazanma ile kamuda belirli bir yaştan sonra çalışmama birbirinden farklı durumlardır.

Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı

tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalet ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarımını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması; hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'de yer alan " 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atanmaların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez." cümlesi ile 4 (C) kapsamında istihdam edilen personelin 7079 Sayılı Kanun ile 4 (B) kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme;bu kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair ;eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması, hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa'nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ - Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliğı sağlamak için kurumsal yapılaştırmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür.

Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken; sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; "Türkiye'nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiğı, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağılı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürölmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceğı" hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, kamuda halen çalışmakta olan personelden sadece bir kısmı için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak kişileri zorla emekliliğe sevk etmektedir. Mevcut sistemimizde 657 Sayılı Yasanın Sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin 4 üncü Maddenin (B) fıkrasında bu kişilerin istihdamına ilişkin herhangi bir çalışma yaşı sınırı bulunmadığı gibi aynı kanunun bütün kamu görevlilerine ilişkin memuriyetin Sona Ermesi başlıklı 98 inci Maddesinde de memuriyetten veya sözleşmeli olarak çalıştığı görevin sona ermesine ilişkin düzenlemede " yaşlılık, malullük aylığına hak kazanma" gibi bir koşul yer almamaktadır. Söz konusu 98 inci Maddenin (ç) fıkrasında "İstek, yaş haddi, malullük sebeplerinden biri ile emekliye ayrılması" hükmü bulunmaktadır. İstek ve malullük doğrudan 5510 Sayılı Yasanın ilgili maddeleri çerçevesinde sigortalıya tanınan veya çalıştığı görevi fiziken veya mental olarak yerine getiremeyeceğı bir sağlık kurulu raporu ile belirlenmiş olan bir haktır. Ancak, yaş haddi ise bunların dışında sigortalının ve kamu idaresinin iradesi dışında tanımlanmış genel ve objektif bir düzenlemedir. Kamuda sözleşmeli personel için tanımlanan yaş haddi ise 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40 ncı maddesinin birinci fıkrasında 65 olarak tanımlanmıştır. Yine Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar Başlıklı 6.6.1978 tarih ve 7/15754 Nolu Bakanlar Kurulu Kararı'nın 12 nci Maddesinin üçüncü fıkrasında da "(Değişik: 6/12/1993-93/5097) Özel kanunlarında yaş haddine ilişkin özel hüküm bulunan haller dışında, 65 yaşını bitirmiş olanlar sözleşmeli olarak çalıştırılmazlar. Sözleşmeli çalıştırılmakta iken 65 yaşını dolduranların sözleşmeleri, 65 yaşını doldurdıkları tarihte hiçbir

işleme gerek kalmaksızın sona erer.” Söz konusu yaş haddinden ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla 7079 Sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile iki farklı sözleşmeli personel statüsü ortaya çıkarıldığı gibi aynı statüde olmasına rağmen iki farklı emekli olma biçimine tabi sözleşmeli personel de yaratılmış olmaktadır. Sosyal hukuk devletinde aynı durumda olan, aynı primi ödeyen kişilere yönelik farklı uygulama yapılması “sosyal güvenlik hakkının özüne” aykırıdır.

Aynı zamanda bu düzenlemenin, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı’nın finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa’nın 65 inci maddesindeki Devlet’in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye’de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı’nın aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan statüsü değiştirilen kişiler için değiştirilmesi, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınamaz.

Ülke yönetiminde görev ve sorumluluk üstlenmiş her meslek kesiminden deneyimli kamu görevlilerini söz konusu kanunla, daha erken emekli olmaya zorlamanın; ülkenin içinde bulunduğu iç ve dış koşullar, ülke çıkarları ve kamu hizmetlerinin gerekleri, dolayısı ile kamu yararı ile bağdaştırılması da olanaksızdır.

Diğer yandan iştirakçilerin görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş sınırının 65’ten farklı bir yaş olarak tanımlanması nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığı da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde görülen zorunlu emeklilik yaş sınırının altında bir yaş sınırı belirlenerek, kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir.

Avrupa Birliği’nin 2000/78/EC sayı ve 27 Kasım 2000 tarihli Konsey direktifinin 25 sayılı paragrafında, iş yaşamındaki yaşa dayalı ayrımcılığın kaldırılmasının gerekliliği ifade edilirken; söz konusu direktifin 18 inci maddesinde de üye devletlere bu konuda 2003 yılı sonuna kadar önlem almak görevi verilmiştir.

Avrupa Birliği üyeleri bu direktifler doğrultusunda gerekli önlemleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya başlamışlardır. Bu bağlamda zorunlu emeklilik yaş sınırı düşük olan kimi ülkelerde, örneğin İngiltere’de, bu sınırın yükseltilmesi yoluna gidilmektedir.

Bu gelişmeler, zorunlu emeklilik yaş sınırının indirilmesinin, çağdaş demokrasiler bakımından gerekli ve olumlu bir davranış olarak algılanmadığını da göstermektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler

Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'ün altıncı fıkrasındaki 4 üncü Maddesine eklenen altıncı fıkrasında yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atananların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 18 nci maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43'ün altıncı fıkrasındaki 4 üncü Maddesine eklenen altıncı fıkrasında yer alan “ 4 üncü maddenin mülga (C) fıkrasının ikinci paragrafı kapsamında yer alanlardan sözleşmeli personel pozisyonlarına atananların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” cümlesi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırıdır, iptali talep edilmektedir.

6. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 32. Maddesinin Anayasa’ya aykırılığı

7079 Sayılı Kanun’un 32 maddesi ile 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 8 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

2575 sayılı Danıştay Kanununun 8 inci maddesinin (2) numaralı mülga fıkrası şu şekildedir:

“İdari yargı hakim ve savcılarının Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemeleri gereklidir. Danıştay üyesi seçilebilmek için hâkimlik ve savcılık mesleğinde yirmi yıl çalışmış olmak şarttır.”

Hakimlerin, Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için gerekli olan şartlardan olan meslekte geçirilen süre şartı kaldırılmaktadır. 6494 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 8. maddesi 2. fıkrasına eklenen son cümle ile 2013 yılından bugüne hakimlerin Danıştay üyesi seçilebilmesi için 20 yıl olarak çalışmış olmaları şartı aranmakta idi. 7 Temmuz 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6494 sayılı Kanun’un 4. maddesi her ne hikmetse üzerinden henüz 4,5 yıl geçtikten sonra yine düzenlemeyi yapan aynı hükümet tarafından yürürlükten kaldırılmaktadır.

Yapılan düzenleme olağan kanunlarda olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalacak genel ve kalıcı değişiklikler yapmaktadır. Olağan döneme ilişkin yapılacak düzenlemelerin usulü Anayasa’da açıkça belirtilmiştir. Çağdaş anayasacılık anlayışının vazgeçilmez araçlarından biri güçler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası da güçler ayrılığı ilkesini, bir başka ifadeyle devlet iktidarının yasama-yürütme- yargı organları arasında bölüştürülmesi ilkesini benimsemiştir. Anayasanın Başlangıç Kısımının 4. paragrafında “kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli

Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu”na ilişkin ifade de güçler ayrılığı ilkesinin 1982 Anayasasının temel niteliklerinden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa, güçler ayrılığı ilkesini yasama, yürütme ve yargı erklerini ayrı organlara vermek yoluyla somutlaştırmaktadır. Anayasa, hangi devlet organlarının hangi yetkileri kullanabileceğini açıkça belirtmektedir. Buna göre, Anayasa’nın “yasama yetkisi” başlıklı 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngörmektedir. Anayasa’nın 8. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir. Anayasa’nın 9. maddesi ise yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere vermektedir. Anayasa, devletin yetkilerini üç devlet organı arasında paylaştırırken, bunların Anayasa ile kendilerine tanınmamış bir yetkiyi kullanmalarını ya da Anayasada kendilerine tanınan yetkileri aşarak yetkilerinin alanını ve kapsamını Anayasanın öngörmediği biçimde genişletmelerini de yasaklamaktadır.

Ancak yapılan bu düzenleme ile kanun koyucu yargının alanına mahkemelerin bağımsızlığını etkiler nitelikte müdahale etmiştir. Her ne kadar 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında yapılan ihraçlar sonucu kadro açığından dolayı ihtiyaç olduğu söylene de yalnızca 3 yıl hakimlik yapmış kişilerin Danıştay gibi Yüksek Mahkemede görev alabilecek olmaları yargıyı orta vadede can çekişir konuma sokacaktır. Yıllardır yargının en büyük problemi olan yargılamamanın uzun sürmesi problemi çözülememiş bunun üzerine mahkemeye yeni atanmış hakim ve savcılara kısa sürede başka mahkemelere atanma hakkı tanınmıştır. ‘Geç gelen adalet’ sorunu çözülemediğinden yeni atanan hakim-savcılar ‘adalet’i yerine getiremeden tekrar atanmaktadırlar. Bu durum ‘mahkemelerin bağımsızlığı’ ve ‘hakimlik teminatı’ ilkelerini hiçe saymaktadır.

Mahkemelerin Bağımsızlığı başlıklı Anayasa’nın 138. Maddesi:

Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Ayrıca Hakimlik ve Savcılık Mesleği başlıklı Anayasanın 140 maddesinin 3. fıkrası:

“Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

şeklinde olup mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatı hususlarını düzenlemektedir. Bu maddeler dikkate alındığında Hakimlerin görevlerinde bağımsız olacakları ve hiçbir organ, makam, merci veya kişinin kendilerine emir, talimat veremeyeceğini düzenlemiştir. Ancak 7079 sayılı kanunda yapılan değişiklik açıkça Anayasa 140/3'e aykırıdır. Anayasa 140/3 açık olup başka bir şekilde yorumlanamamaktadır. Şöyle ki; madde metninde 'Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları... ..kanunla düzenlenir' şeklinde bir düzenleme getirilmiş olup yargının alanına müdahale edecek her düzenlemenin kanunla yapılması öngörülmüştür. Ancak 24 Aralık 2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu düzenlemenin yapılmış olması madde metnine açıkça aykırıdır. Bu nitelikte bir düzenlemenin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından yapılabilir olması yargının net bir şekilde yürütmeye müdahalesidir. Her ne kadar 7079 sayılı kanunla, yasa koyucunun iradesinin geçerli olduğu düşünülse de yasalaşma sürecinde herhangi bir değişiklik önergesinin kabul edilmemesi, komisyonda görüşülmemesi, sayısal çoğunlukla ivedilikle yasalaşması dikkate alındığında iradenin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunda olduğu açıktır.

Kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu bir ülkede, yargının, yürütme ve yasama erkinden bağımsız olması gerekir. Yargının siyasi otoriteden bağımsız bir yapısının ve işleyişinin olması, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için başlıca iki koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki mahkemelerin bağımsızlığı, ikincisi ise hâkimlik teminatıdır.

Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkimlik teminatı da aynı amaca yönelik olup, hâkim ve savcılarının azledilmelerine, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılmalarına, herhangi bir sebeple aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarına engel oluşturmaktadır. Gerek mahkemelerin bağımsızlığı, gerekse hâkimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup, esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bağımsızlık kavramıyla; "yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmak" anlaşılmalıdır (Ringeisen/Avusturya, 1971). Bağımsızlık, yargılama makamının yürütme başta olmak üzere diğer güçlerden ayırık, bağımsız olmasını, hiçbir erke, kurum ve kuruluşa, kişiye tabi olmamasını güvence altına alan bir kriterdir. Bu bakımdan bağımsızlık, yargılama makamının yasayla kurulmuş olmasının da doğal bir sonucudur (Clarke/Birleşik Krallık, 2005). AİHM, hâkimlerin görev süresinin, bağımsızlığın sağlanabilmesi bakımından belirleyici olan hususlardan biri olduğuna işaret etmektedir. Zira AİHM, bir organın, özellikle yürütmeden ve davanın taraflarından "bağımsız" olup olmadığını belirlerken (23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika kararı, par. 55), üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine (aynı karar, parag. 57), dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin varlığına (bk. 01.10.1982 tarihli Piersack/Belçika kararı, par. 27) ve bu organın bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediğine (17.01.1970 tarihli Delcourt/Belçika kararı, par. 31) bakmak zorundadır (Campbell ve Fell/Birleşik Krallık). İptali talep edilen düzenleme atanma şartına ilişkin olup AİHM içtihadı ile de çelişmektedir.

Açıklanan bu sebeplerle 7079 sayılı Kanun'un 32. Maddesi, Anayasa'nın 138 ve 140. maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

7. 7079 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 41. Maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 41. Maddesi ile 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin (a) alt bendi ve 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 29. maddesinin mülga birinci fıkrası

"Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilir. Yargıtay üyesi seçilebilmek için hâkimlik ve savcılık mesleğinde yirmi yıl çalışmış olmak şarttır."

şeklinde olup hakim olarak çalışmakta olanların Yargıtay üyeliğine seçilebilmeleri için gerekli olan şartları belirleyen ifadelerden birisidir. 6494 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 29. maddesi 1. Fıkrasında yapılan bu değişiklik ile 2013 yılından bugüne hakimlerin Yargıtay üyesi seçilebilmesi için 20 yıl olarak çalışmış olmaları şartı aranmakta idi. 7 Temmuz 2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6494 sayılı Kanun'un 19. maddesi üzerinden henüz 4,5 yıl geçtikten sonra yine düzenlemeyi yapan aynı hükümet tarafından yürürlükten kaldırılmaktadır. 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kanunlaşması ile Yargıtay Kanunun 29. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Yapılan düzenleme olağan kanunlarda olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlükte kalacak genel ve kalıcı değişiklikler yapmaktadır. Olağan döneme ilişkin yapılacak düzenlemelerin usulü Anayasa'da açıkça belirtilmiştir. Çağdaş anayasacılık anlayışının vazgeçilmez araçlarından biri güçler ayrılığı ilkesidir. 1982 Anayasası da güçler ayrılığı ilkesini, bir başka ifadeyle devlet iktidarının yasama-yürütme- yargı organları arasında bölüştürülmesi ilkesini benimsemiştir. Anayasanın Başlangıç Kısımının 4. paragrafında "kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu"na ilişkin ifade de güçler ayrılığı ilkesinin 1982 Anayasasının temel niteliklerinden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa, güçler ayrılığı ilkesini yasama, yürütme ve yargı erklerini ayrı organlara vermek yoluyla somutlaştırmaktadır. Anayasa, hangi devlet organlarının hangi yetkileri kullanabileceğini açıkça belirtmektedir. Buna göre, Anayasa'nın "yasama yetkisi" başlıklı 7. maddesi, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngörmektedir. Anayasa'nın 8. maddesi, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir. Anayasa'nın 9. maddesi ise yargı yetkisini Türk Milleti adına bağımsız mahkemelere vermektedir. Anayasa, devletin yetkilerini üç devlet organı arasında paylaştırırken, bunların Anayasa ile kendilerine tanınmamış bir yetkiyi kullanmalarını ya da Anayasada kendilerine tanınan yetkileri aşarak yetkilerinin alanını ve kapsamını Anayasanın öngörmediği biçimde genişletmelerini de yasaklamaktadır.

Ancak yapılan bu düzenleme ile kanun koyucu yargının alanına mahkemelerin bağımsızlığını etkiler nitelikte müdahale etmiştir. Her ne kadar 15 Temmuz darbe girişimi sonrasında yapılan ihraçlar sonucu kadro açığından dolayı ihtiyaç olduğu söylene de yalnızca 3 yıl hakimlik yapmış kişilerin Yargıtay gibi Yüksek Mahkemede görev alabilecek olmaları yargıyı orta vadede can çekişir konuma sokacaktır. Yıllardır yargının en büyük problemi olan yargılamanın uzun sürmesi problemi çözülememiş bunun üzerine mahkemeye yeni atanmış hakim ve savcılara kısa sürede başka mahkemelere atanma hakkı tanınmıştır. ‘Geç gelen adalet’ sorunu çözülemediğinden yeni atanan hakim-savcılar ‘adalet’i yerine getiremeden tekrar atanmaktadırlar. Bu durum ‘mahkemelerin bağımsızlığı’ ve ‘hakimlik teminatı’ ilkelerini hiçe saymaktadır.

Mahkemelerin Bağımsızlığı başlıklı Anayasa’nın 138. Maddesi:

“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Ayrıca Hakimlik ve Savcılık Mesleği başlıklı Anayasanın 140 maddesinin 3. fıkrası:

“Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

şeklinde olup mahkemelerin bağımsızlığını ve hakimlik teminatı hususlarını düzenlemektedir. Bu maddeler dikkate alındığında Hakimlerin görevlerinde bağımsız olacakları ve hiçbir organ, makam, merci veya kişinin kendilerine emir, talimat veremeyeceğini düzenlemiştir. Ancak 7079 sayılı kanunda yapılan değişiklik açıkça Anayasa 140/3’e aykırıdır. Anayasa 140/3 açık olup başka bir şekilde yorumlanamamaktadır. Şöyle ki; madde metninde ‘Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları... ..kanunla düzenlenir” şeklinde bir düzenleme getirilmiş olup yargının alanına müdahale edecek her düzenlemenin kanunla yapılması öngörülmüştür. Ancak 24 Aralık 2017 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu düzenlemenin yapılmış olması madde metnine açıkça aykırıdır. Bu nitelikte bir düzenlemenin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından yapılabilir olması yargının net bir şekilde yürütmeye müdahalesidir. Her ne kadar 7079 sayılı kanunla, yasa koyucunun iradesinin geçerli olduğu düşünülse de yasalaşma sürecinde herhangi bir değişiklik önergesinin kabul edilmemesi,

komisyonda görüşülmemesi, sayısal çoğunlukla ivedilikle yasalaşması dikkate alındığında iradenin Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunda olduğu açıktır.

Kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu bir ülkede, yargının, yürütme ve yasama erkinden bağımsız olması gerekir. Yargının siyasi otoriteden bağımsız bir yapısının ve işleyişinin olması, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından biridir. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için başlıca iki koşulun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki mahkemelerin bağımsızlığı, ikincisi ise hâkimlik teminatıdır.

Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkimlik teminatı da aynı amaca yönelik olup, hâkim ve savcılarının azledilmelerine, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılmasına, herhangi bir sebeple aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarına engel oluşturmaktadır. Gerek mahkemelerin bağımsızlığı, gerekse hâkimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup, esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bağımsızlık kavramıyla; “yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmak” anlaşılmalıdır (Ringeisen/Avusturya, 1971). Bağımsızlık, yargılama makamının yürütme başta olmak üzere diğer güçlerden ayrık, bağımsız olmasını, hiçbir erke, kurum ve kuruluşa, kişiye tabi olmamasını güvence altına alan bir kriterdir. Bu bakımdan bağımsızlık, yargılama makamının yasayla kurulmuş olmasının da doğal bir sonucudur (Clarke/Birleşik Krallık, 2005). AİHM, hâkimlerin görev süresinin, bağımsızlığın sağlanabilmesi bakımından belirleyici olan hususlardan biri olduğuna işaret etmektedir. Zira AİHM, bir organın, özellikle yürütmeden ve davanın taraflarından “bağımsız” olup olmadığını belirlerken (23.06.1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika kararı, par. 55), üyelerinin atanma tarzına ve görev sürelerine (aynı karar, parag. 57), dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerinin varlığına (bk. 01.10.1982 tarihli Piersack/Belçika kararı, par. 27) ve bu organın bağımsız olduğu görüntüsü verip vermediğine (17.01.1970 tarihli Delcourt/Belçika kararı, par. 31) bakmak zorundadır (Campbell ve Fell/Birleşik Krallık). İptali talep edilen düzenleme atanma şartına ilişkin olup AİHM içtihadı ile de çelişmektedir.

Açıklanan bu sebeplerle 7079 sayılı Kanun'un 41. maddesi, Anayasa'nın 138. ve 140. maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

8. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 50. Maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

Savunma Sanayi İcra Komitesi adından da anlaşılacağı üzere icrai yetkilere haiz bir yapıdır. İptali talep edilen düzenleme ile Cumhurbaşkanlığı başkanlığında, Cumhurbaşkanının katılmadığı toplantılarda Başbakanın Komiteye vekaleten başkanlık edecektir. Yine Komite'nin toplanması Cumhurbaşkanının daveti üzerine olacak ve toplantının gündemi de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecektir. Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkiler ve verilen görevler hali hazırda Anayasa'da Cumhurbaşkanına tanınan görev ve yetkiler ile örtüşmemektedir.

1982 Anayasası, 104. maddesi ile Cumhurbaşkanına çok önemli yetki ve görevler vermiştir. Anılan maddede Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, yasama ile ilgili olanlar, yürütme alanına ilişkin olanlar ve yargı ile ilgili olanlar şeklinde gruplandırılabilir. Bu gruplandırmanın yanı sıra 104. Maddenin son fıkrası ile de Cumhurbaşkanının Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri de yerine getirip yetkileri kullanacağı belirtilmiştir. Özellikle cumhurbaşkanının sahip olduğu kapsamlı atama yetkileri onu yürütmenin sembolik kanadı olmaktan çıkarmıştır. Cumhurbaşkanı bu görev ve yetkilerini yapacağı işlemler ile yerine getirmektedir. Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı, iki kanatlı, yani devlet başkanı (cumhurbaşkanı) ve hükümet (bakanlar kurulu) şeklinde bir yapıdan oluşmaktadır. Yürütme organının diğer kanadını oluşturan cumhurbaşkanının bir özelliği de devletin başkanı olmasıdır. Devlet başkanı, Anayasamızın 105. maddesinde de belirtildiği gibi siyasi açıdan sorumsuzdur.

Parlamenter hükümet sistemlerinde devlet başkanlarının yetkisizliğini sağlamak için, devlet başkanları tarafından yapılan tüm işlemlerde, ilgili bakan ve başbakanın imzalarının bulunması gerekliliği ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeye karşı imza kuralı denmektedir. Karşı imza kuralına göre, aksine düzenleme bulunmadığı sürece devlet başkanı, ilgili bakan ve başbakanın imzası olmadan yetki kullanamaz ve sorumluluk doğurucu bir işlemde bulunamaz. Devlet başkanının ilgili bakan ve başbakanın imzasını alarak yaptığı işlemlerden doğacak olan sorumluluk da, işlemde karşı imzası bulunan bakan ve başbakana ait olacaktır.(ARMAĞAN, Servet, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 189) Aslında karşı imza ilkesi, parlamenter sistemlerde devlet başkanlarının törensel ve sembolik yetkilere sahip olmasından kaynaklanan, devlet başkanlarının yetkisiz olmalarını hedefleyen bir ilkedir. Tarihsel olarak yetkilerin ilk sahipleri devlet başkanları, hükümdarlar ve cumhurbaşkanları iken, demokratik gelişim ile birlikte karar alma yetkisi başbakan ve hükümetlere geçmiştir.(LOUGHLIN, Martin – WALKER, Neil, The Paradox Of Constitutionalism (Constituent Power and Constitutional Form), Oxford University Press, 2007, s. 27-33.) Karşı imza ilkesinin kökeni parlamenter rejimin oluşmaya başladığı meşruti monarşi çağıdır. Bu dönemde sorumsuz olan hükümdarın işlemlerine, parlamentoya karşı sorumlu olan başbakan ve bakan da katılmaya başlamıştır. Zaman içerisinde yürütme yetkisi, hükümdarın yetki alanından çıkarak halk temsilcileri ile paylaşılır olmuştur.(ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 329.) Bu gelişim ile parlamenter sisteme sahip olan ülkelerde, hükümet ve başbakan tarafından yapılan işlemlerin devlet başkanları tarafından imzalanması geleneğine devam edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bakımından da karşı imza kuralı geçerlidir.

İptali talep edilen düzenleme ile Cumhurbaşkanı fiilen Savunma Sanayii İcra Komitesi'nin icrai nitelikteki tüm yetkilerine haiz olmaktadır. Ancak bu yetkiler Anayasa'nın 104. Maddesinde belirlenen görev ve yetkilerden olmadığı gibi, karşı imza kuralının istisnasını oluşturur nitelikte de taşımamaktadır. Karşı imza kuralına tabi olmadan, Cumhurbaşkanının tek başına bu icrai yetkiyi kullanması hukuk devletinde kaynağını anayasadan almayan bir yetkiyi kullanması anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanının doğrudan kullanacağı bu yetki, mevcut 105. Maddedeki sorumsuzluğu ile birlikte değerlendirildiğinde, herhangi bir şekilde sorumlusunun olmadığı işlemler neticesi ile karşılaşılmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 104. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir, iptali gerekir.

9. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 52. Maddesi ile 3238 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanına” ibaresi ile ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7079 sayılı kanunun 52. maddesi ile 3238 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Milli Savunma Bakanlığına” ibaresi “Cumhurbaşkanına” şeklinde ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Müsteşarlık personeli Cumhurbaşkanını onayı ile atanır. Cumhurbaşkanını bu yetkisini Müsteşara devredebilir.”

Yapılan değişiklik ile Savunma Sanayi Müsteşarlığı Cumhurbaşkanına bağlanmış ve müsteşarlık personeli de yine Cumhurbaşkanını tarafından atanacaktır. 6771 sayılı Kanun’un 16 Nisan 2017 günü yapılan halkoylamasında kabul edilmesi ile birlikte, Anayasa’da yapılan değişiklikler doğrudan yürürlüğe girmemiştir. 6771 sayılı Kanun ile Anayasa’da yapılan değişiklikler, söz konusu Kanun’un 18’inci maddesine göre üç ayrı tarihte yürürlüğe girecektir:

- 1) Birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarih,
- 2) Birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih,
- 3) 6771 sayılı Kanun’un halkoylamasında kabul edildiği 16 Nisan 2017 tarihi.

Savunma Sanayi Müsteşarlığı icrai nitelikte bir yapıdır. Yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanını güçlendirilmiş olsa da hali hazırda bu değişikliklerin yürürlükte olmadığı dikkate alındığında, icrai işleve haiz olan yapının Cumhurbaşkanına bağlanması hukuk devletinde kabul edilemez. Yine yapılan değişiklikle müsteşarlık personeli Cumhurbaşkanını tarafından atanacaktır.

1982 Anayasası, 104. maddesi ile Cumhurbaşkanına çok önemli yetki ve görevler vermiştir. Anılan maddede Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri, yasama ile ilgili olanlar, yürütme alanına ilişkin olanlar ve yargı ile ilgili olanlar şeklinde gruplandırılabilir. Bu gruplandırmanın yanı sıra 104. Maddenin son fıkrası ile de Cumhurbaşkanının Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri de yerine getirip yetkileri kullanacağı belirtilmiştir. Özellikle cumhurbaşkanının sahip olduğu kapsamlı atama yetkileri onu yürütmenin sembolik kanadı olmaktan çıkarmıştır. Cumhurbaşkanını bu görev ve yetkilerini yapacağı işlemler ile yerine getirmektedir. Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organını, iki kanatlı, yani devlet başkanı (cumhurbaşkanı) ve hükümet (bakanlar kurulu) şeklinde bir yapıdan oluşmaktadır. Yürütme organının diğer kanadını oluşturan cumhurbaşkanının bir özelliği de devletin başkanı olmasıdır. Devlet başkanı, Anayasamızın 105. maddesinde de belirtildiği gibi siyasi açıdan sorumsuzdur.

Parlamenter hükümet sistemlerinde devlet başkanlarının yetkisizliğini sağlamak için, devlet başkanları tarafından yapılan tüm işlemlerde, ilgili bakan ve başbakanın imzalarının bulunması gerekliliği ilkesi getirilmiştir. Bu ilkeye karşı imza kuralı denmektedir. Karşı imza kuralına göre, aksine düzenleme bulunmadığı sürece devlet başkanı, ilgili bakan ve başbakanın imzası olmadan yetki kullanamaz ve sorumluluk doğurucu bir işlemde bulunamaz. Devlet başkanının ilgili bakan ve başbakanın imzasını alarak yaptığı işlemlerden doğacak olan sorumluluk da, işlemde karşı imzası bulunan bakan ve başbakana ait olacaktır.(ARMAĞAN, Servet, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Çağrı Yayınları, İstanbul, 2007, s. 189) Aslında karşı imza ilkesi, parlamenter sistemlerde devlet başkanlarının törensel ve sembolik yetkilere sahip olmasından kaynaklanan, devlet başkanlarının yetkisiz olmalarını hedefleyen bir ilkedir.

Tarihsel olarak yetkilerin ilk sahipleri devlet başkanları, hükümdarlar ve cumhurbaşkanları iken, demokratik gelişim ile birlikte karar alma yetkisi başbakan ve hükümetlere geçmiştir.(LOUGHLIN, Martin – WALKER, Neil, The Paradox Of Constitutionalism (Constituent Power and Constitutional Form), Oxford University Press, 2007, s. 27-33.) Karşı imza ilkesinin kökeni parlamenter rejimin oluşmaya başladığı meşruti monarşi çağıdır. Bu dönemde sorumsuz olan hükümdarın işlemlerine, parlamentoya karşı sorumlu olan başbakan ve bakan da katılmaya başlamıştır. Zaman içerisinde yürütme yetkisi, hükümdarın yetki alanından çıkarak halk temsilcileri ile paylaşılır olmuştur.(ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 329.) Bu gelişim ile parlamenter sisteme sahip olan ülkelerde, hükümet ve başbakan tarafından yapılan işlemlerin devlet başkanları tarafından imzalanması geleneğine devam edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti bakımından da karşı imza kuralı geçerlidir.

İptali talep edilen düzenleme ile Cumhurbaşkanı fiilen Savunma Sanayii Müsteşarlığı'nın icrai nitelikteki tüm yetkilerine haiz olmaktadır. Ancak bu yetkiler Anayasa'nın 104. Maddesinde belirlenen görev ve yetkilerden olmadığı gibi, karşı imza kuralının istisnasını oluşturur nitelikte de taşımamaktadır. Karşı imza kuralına tabi olmadan, Cumhurbaşkanının tek başına bu icrai yetkiyi kullanması hukuk devletinde kaynağını anayasadan almayan bir yetkiyi kullanması anlamına gelmektedir. Cumhurbaşkanının doğrudan kullanacağı bu yetki, mevcut 105. Maddedeki sorumsuzluğu ile birlikte değerlendirildiğinde, herhangi bir şekilde sorumlusunun olmadığı işlemler neticesi ile karşılaşılmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen düzenleme Anayasa'nın 104. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir, iptali gerekir.

10. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 53. Maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın ikinci Cümlesi Anayasa'nın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine, 7 nci Maddesindeki Yasama yetkisinin devredilemeyeceği ilkesine, 10 uncu maddesindeki Kanun Önünde Eşitlik İlkesine ve 128 inci Maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Aşağıda bu aykırılık iddiaları ayrı ayrı ele alınmıştır.

a) Anayasanın 2. Maddesinde belirtilen Hukuk Devleti İlkesine Aykırılığı

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; “Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”^{1 2}. Mahkemenin bir kararında yer alan; “hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir”, şeklindeki gerekçeyle de hukuk devleti ilkesinin Anayasayı da aşan yönü vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin belirtilen genel ilkelerini, incelenen konunun özelliğine göre somutlaştırmakta ve bu bağlamda çoğu zaman birbirleriyle iç içe geçmiş çeşitli alt ilkeler ortaya koyarak sonuca ulaşmaktadır. Bu ilkelerden birisi de “Hukuki Güvenlik İlkesi”dir.

Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geçmişe yürümesini engellemesinin yanında genel olarak yürürlükteki kanunlara güvenin korunmasına da dayanak teşkil eden önemli bir ilke durumundadır. Hukuki güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında mevcut hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eder. Devletin, vatandaşların mevcut kanunlara olan güvenine saygılı davranması, bu güvenlerini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasanın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama ödevinin de bir sonucudur. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu ilke devlete güvenle özdeşleştirilerek şöyle ifade edilmiştir; “Devlete güven ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasaya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir”.

1 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701. Benzer yönde, AnMK, 27.3.2002, .2001/343, K.2002/41, RG: 13.11.2002-24935.

2 AnMK, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, RG: 9.5.1986-19102.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için kuralların belirli ve öngörülebilir düzenlemeler içermesi gerektiğini belirterek, hukuk güvenliği ilkesini kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme için de gerekli görmüştür.

Hukuk devletinin bir ilkesi de “yasama genelliği ilkesi”dir. Hukuk devleti ilkesinin uygulamaya geçirilmesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi; “adalet ve hakkaniyet ölçülerinin göz önünde tutulması”^{3 4 5 6 7 8}; “hukuki durumlarda kararlılığın sağlanması; “kamu yararı düşüncesi olmaksızın...özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak her hangi bir yasa kuralının konulamayacağı”, gibi kıstaslara da başvurmuştur.

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya her hangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

“Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez”.

“Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir”⁹.

“Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel işlemleyürülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir”.

“Yasama yetkisinin genelliği ilkesi”yle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; “Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasa koyucunun takdirine bırakılmış demektir”, şeklindedir.

3 AnMK, 8.10.2003, E.2003/67, K.2003/8, RG: 28.2.2004-25387.

4 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

5 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002/2470; aynı yönde, AnMK, 8.10.2003, E.2003/31, K.2003/87, RG: 24.2.2004-25383.

6 AnMK, 29.11.1966, E. 1966/11, K. 1966/44, RG: 27.12.1967-12787.

7 AnMK, 22.6.1972, E. 1972/14, K. 1972/34, RG: 11.1.1973-14418.

8 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

9 AnMK, 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111, RG: 24.1.1963-11316.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

Nitekim emniyet personelinin rütbe terfilerini düzenleyen 3201 sayılı Kanunun 55. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 4638 sayılı Kanunla ilgili kararında Anayasa Mahkemesi; “askerlik hizmetinin rütbe kıdeminde sayılması ya da sayılmamasına ilişkin düzenleme anayasal ilkelere uygun olması koşuluyla yasama organının takdirinde olan bir husustur”, saptamasına yer verdikten sonra, kişilerin yürüttükleri kamu görevinin askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından farklı bir durum yaratmayacağı gerekçesiyle sadece polis amiri olduktan sonra yapılan askerlik hizmetinin rütbe terfiinde sayılmasını öngören kuralı eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.^{10 11 12}

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda

10 AnMK, 18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8, RG: 26.7.1990-20586.

11 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

12 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.”

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin genelliğinin aksine yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörölmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Yüce Mahkemenizin önüne gelen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değışiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci cümlesi ile Savunma Sanayi Müsteşarlığına özel bazı projeler çerçevesinde sözleşmeli personel alımı ve ikinci cümlesiyle de bu personelin ücretlerinin belirlenmesine ilişkin sınır getirilmiştir. Ancak, belirlenen bu sınır, bir sınır olmadığı gibi idarenin sübjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değıştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşıdığı gibi; öznel olarak da yürütme erkinin bir parçası sayılamayacak bir Komiteye devretmiştir. Savunma Sanayii İcra Komitesi, idari bir organ olmadığı gibi yürütme erkinin de bir parçası değildir. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde kanuni olarak düzenlenmesi gereken bir hususun kanuna aykırı bir biçimde belirlenmesi kanuni belirlilik ilkesiyle bağdaşmaz. Olayda Savunma Sanayii Müsteşarlığınca yürütölen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin ücretini belirleme yetkisi Komiteye bırakıldığı gibi bunun üst sınırının saptanmasında da Komite yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde Komite, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğör sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış ücret baremleri ve üst sınırlarına tabi olmaksızın ücret belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından bir ücret belirsizliği yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğör sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Yine söz konusu ücretin üst sınırının Komite tarafından belirlenmesi “yasamanın genelliği ilkesine” de aykırıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere “Yasamanın genelliği ilkesi “idareye istediği şekilde düzenleme yapabilmesi anlamına gelmemektedir. Yürütme organı ve bu organdaki Bakanlıklar veya Kamu Tüzel Kişilikleri, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisine sahiptir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörölmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur. Anayasa’da Kanun ile düzenlemesi öngörölmüş alanlarda ise Yasa koyucu bu yetki devrini yapamaz. Bu yetki devrinin kanun ile yapılmış olması da bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Anayasanın 128 inci Maddesinde Memurların ve diğör kamu görevlilerinin ücret ve özlük haklarının kanun ile düzenleneceği açık bir biçimde belirtildiği için yasa koyucunun iradesine açıkça bırakılmış olan düzenleme hususundaki yetkinin yürütme organı içerisinde bir Komite tarafından sınırsız bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayan bu

değişikliğin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen "hukuk devleti ilkesi"yle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 7 nci Maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

Anayasanın 7 nci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez"; 8 inci maddesinde ise, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisi, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya herhangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

"Yasama yetkisinin genelliği ilkesi" Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

"Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez".

"Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir"¹³.

"Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel

işlemlerle yürütülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir'.

"Yasama yetkisinin genelliği ilkesi"yle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; "Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasa koyucunun takdirine bırakılmış demektir", şeklindedir.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

13AnMK, 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111, RG: 24.1.1963-11316.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.^{14 15 16}

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulu’nun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.”

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin yürütmeye devrinde yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Yüce Mahkemenizin önüne gelen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci

14 AnMK, 18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8, RG: 26.7.1990-20586.

15 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

16 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

cümlesi ile Savunma Sanayi Müsteşarlığı'na özel bazı projeler çerçevesinde sözleşmeli personel alımı ve ikinci cümlesiyle de bu personelin ücretlerinin belirlenmesine ilişkin sınır getirilmiştir. Ancak, belirlenen bu sınır, bir sınır olmadığı gibi idarenin sübjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değiştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşımaktadır. Olayda Savunma Sanayii Müsteşarlığınca yürütülen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin ücretini belirleme yetkisi Komiteye bırakıldığı gibi bunun üst sınırının saptanmasında da Komite yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde Komite, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış ücret baremleri ve üst sınırlarına tabi olmaksızın ücret belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından bir ücret belirsizliği yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğer sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Yine söz konusu ücretin üst sınırının Komite tarafından belirlenmesi yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini de göstermektedir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur. Anayasa'da Kanun ile düzenlemesi öngörülmüş alanlarda ise Yasa koyucu bu yetki devrini yapamaz. Bu yetki devrinin kanun ile yapılmış olması da bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Anayasa'nın 128 inci maddesinde Memurların ve diğer kamu görevlilerinin ücret ve özlük haklarının kanun ile düzenleneceği açık bir biçimde belirtildiği için yasa koyucunun iradesine açıkça bırakılmış olan düzenleme hususundaki yetkinin yürütme organı içerisinde bir Komite tarafından sınırsız bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayan bu değişikliğin Anayasa'nın 7 nci maddesinde belirtilen yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırı aştığı için Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasanın 10 uncu Maddesinde belirtilen Kanun Önünde Eşitlik İlkesine Aykırılık

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; “(1)Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2)Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (3)Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz.(4)Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “Anayasa'nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kuralara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için

değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez,²⁶.

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı^{17 18} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir; bu durum amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, burada eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci cümlesi ile Savunma Sanayi Müsteşarlığına özel bazı projeler çerçevesinde sözleşmeli personel alımı ve ikinci cümlesiyle de bu personelin Savunma Sanayii İcra Komitesince ücretlerinin belirlenmesine ve bu ücretlere üst sınır getirilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Olayda Savunma Sanayii Müsteşarlığınca yürütülen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin ücretini belirleme yetkisi Komiteye bırakıldığı gibi bunun üst sınırının saptanmasında da Komite yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde Komite, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış ücret baremleri ve üst sınırlarına tabi olmaksızın ücret belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından bir ücret belirsizliği yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğer sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Öncelikle Kanun önünde eşitlik ilkesinin zedelenip zedelenmediğine ilişkin 7079 Sayılı Kanunun 53 üncü Maddesi ile istihdam edilecek sözleşmeli personel ile diğer personel arasında bir statü farklılığı olup olmadığının tespiti ile böyle bir durum yoksa özel bir amaç için farklı bir uygulama için haklı bir neden olup olmadığının tespiti “Kanun önünde eşitlik İlkesinin zedelenip zedelenmediğini anlamamıza yardımcı olacaktır.

17 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

18 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

İlk olarak her iki tip sözleşmeli personel istihdamı da kaynağını Anayasanın 128 inci Maddesinden almaktadır. Bunların statüleri de işçi olmayan diğer personel olarak tanımlanmıştır. Söz konusu sözleşmeli personellerin emeklilik hakları açısından 5510 Sayılı Yasanın 4 (a) veya 4(c) ye tabi olmaları bunların kanuni olarak statülerinin farklı olduğu anlamına gelmemektedir. Genel anlamda Anayasa'nın 128 inci maddesinde belirtilen “diğer kamu görevlileri” kavramının karşıladığı “Sözleşmeli personel statüsüne sahiptirler. Dolayısıyla özlük hakları ve statüleri bakımından aynı hükümlere tabi olmaları gereken personeldir.

İkinci olarak “Savunma Sanayii Müsteşarlığı tarafından özel olarak istihdam edilecek personelin haklı bir istihdam gerekçesi bulunmakta mıdır?” sorusunun cevabı için istihdam gerekçelerine bakmak gerekir. 7079 Sayılı Kanunun 53. maddesinde bu tür personelin istihdam gerekçesi olarak “Özel bilgi ve ihtisas gerektiren işler” tanımlaması yapılmıştır. Diğer sözleşmeli personele bakıldığında ise 657 Sayılı Kanunun 4 (B) fıkrasında birinci bendinde Sözleşmeli personel istihdamının gerekleri belirtilmiştir:

“Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallerde münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.”

Görüldüğü gibi hizmet gereklilikleri açısından her iki sözleşmeli personel açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Savunma Sanayii gibi ülke savunması ile ilgili bir durum haklı bir gerekçe oluşturabildiğini de söylemek mümkün değildir. Çünkü hâlihazırda gerek İçişleri Bakanlığı, gerek Milli Savunma Bakanlığı 4 (B) statüsünde personel istihdam etmektedir ve bu personel de devlet açısından oldukça önemli ve stratejik işler yapmaktadır. Dolayısıyla Savunma Sanayi Müsteşarlığı bünyesinde çalıştırılacak olan sözleşmeli personele ayrı bir ücret sistemi, ayrı bir ücret üst sınırı uygulanması Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle iptali gerekir.

d) Anayasa'nın 128 inci Maddesine Aykırılık

1982 T.C. Anayasasının 128. maddesinin 2. fıkrası; “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” kuralını içermektedir.

Anayasanın söz konusu kuralında öngörülen kanunla düzenlenme ilkesinin kapsamı ve sınırı ne olacaktır? Düzenleme mutlak bir şekilde yorumlanıp kamu personeline ilişkin her türlü konunun detaylı bir şekilde kanunla düzenlenmesi mi gerekecektir? Yoksa bu konudaki temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi konusunda yürütme organına yetki ve inisiyatif bırakılabilecek midir?

Anayasa Mahkemesinin AnMK, 6.7.1993, E.93/5, K.93/25, RG: 25.2.1995-22213; Aynı yönde, AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283; AnMK, 27.11.1997, E. 97/37, K.97/69, RG: 15.1.1999-23584 AnMK, 7.5.2002, E.2000/17, K.2002/46, RG: 26.3.2003-25060. kararlarına bakıldığında kanunla düzenlenme ilkesinin düzenlenen konunun tüm ayrıntı ve detaylarının kanunda belirtilmesi şeklinde katı bir anlayışla değil; temel

ilkelerin, ölçü ve sınırların kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesinin yürütme organına bırakılması şeklinde yumuşak bir anlayışla uygulandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesine ilişkin kararlarında Anayasanın sadece kanunla düzenlenme esasını öngören hükümlerini (personel statüsü yönünden 128/2. maddeyi) değil, aynı zamanda yasama yetkisinin TBMM'ne ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngören 7. maddesini, zaman zaman da hukuk devletine ilişkin 2. maddesini esas alarak değerlendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun, personele yapılacak prim dağıtım esaslarının çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi konusunda idareye yetki veren 9/b. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararında idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını da belirleyerek dava konusu kuralı şu gerekçeyle iptal etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında birçok kez açıklandığı üzere, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır. Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağına göre doğrudan Anayasa’ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılamaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasa’da dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın yürütmeye/yönetime tanıdığı düzenleme yetkisinin yinelenen niteliği karşısında, bu sınır aşılarak yapılacak düzenlemeler Anayasa’ya aykırılık oluşturur. İncelenen maddenin (b) bendindeki ‘...prim dağıtımının esas ve usulleri ile personelin devrine ait usul ve esaslar’ ibaresindeki ‘prim dağıtımının, Anayasa’nın 128. maddesine göre yasayla düzenlenmesi gereken hususlardan olmasına karşın, yönetimin saptamasına bırakılması Anayasa’nın 7 maddesine aykırı düşer”¹⁹.

Anayasanın 128/2. maddesinde ifade edilen kanunla düzenlenme ilkesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında ortaya konulan yorum ve değerlendirmelerden şu sonuçlara ulaşmaktayız. Kanunla düzenleme ilkesi düzenlenen konudan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmez. Düzenlenen alanın kanun metninde kurallaştırılması gerekir. Kurallaştırma, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Kanunda temel esasların belirlenmiş olması şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı ve bağımlı bir yetki niteliğindedir. Bu nedenle yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi tanınması Anayasanın 2. 7. ve 128/2. maddelerine aykırılık oluşturur.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkilane Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi

Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın birinci cümlesi ile Savunma Sanayi Müsteşarlığına özel bazı projeler çerçevesinde sözleşmeli personel alımı ve ikinci cümlesiyle de bu personelin Savunma Sanayii İcra Komitesince ücretlerinin belirlenmesine ve bu ücretlere üst sınır getirilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Olayda Savunma Sanayii Müsteşarlığınca yürütülen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin ücretini belirleme yetkisi Komiteye bırakıldığı gibi bunun üst sınırının saptanmasında da Komite yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde Komite, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış ücret baremleri ve üst sınırlarına tabi olmaksızın ücret belirleme hakkı kazanmıştır. Bu yetkinin kapsamı ve sınırları belli değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128 inci Maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine açık bir aykırılık söz konusudur. Bu nedenle iptali gerekir.

Sonuç olarak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması ve 11 Temmuz 1939 Tarih ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın ikinci cümlesi, Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 10 uncu ve 128 inci maddelerine aykırıdır. Bu nedenle söz konusu cümlelerin iptali talep edilmektedir.

11. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 68. Maddesi ile 4634 Sayılı Şeker Kanununa eklenen Geçici Madde 10'un Beşinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; “Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür"^{20 21}.

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi de Kazanılmış Hakların Korunması İlkesidir. Kazanılmış hak kavramı, kesin olarak tanımlanabilmiş sınırları belirlenmiş bir kavram değildir. Anayasa Mahkemesinin; "Kazanılmış hak sözcüğü, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır"^{22 23}, saptaması da bu gerçeği vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kazanılmış haklara saygı ilkesinin kaynağını belirleyen ve bu ilkenin anlam ve kapsamını ortaya koyan kararlarından bazıları şu şekildedir.

"Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır"³¹.

"Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Ancak, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın ya da borcun yeni yasadan önce yürürlükte olan kuralara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir"²⁴.

"Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir"³⁶

Yukarıda belirtilen kararlar ışığında Anayasamıza göre eğer bir konu daha önce yasalarla düzenlenmemişse, yani önceki yasanın kişilere sağladığı bir hak yoksa uygulamada gerçekleşen kimi durumlar Anayasal boyutta kazanılmış hak olarak kabul edilmemektedir.

İkinci olarak hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi de "Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi"dir. Kanunların yürürlüğe gireceği tarih genellikle son maddelerinde belirtilir ve bu durum çoğunlukla, kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği veya kanunun -saptanmış olan- belli bir tarihte yürürlüğe gireceği şeklinde ifade edilir. Şayet Kanun metninde yürürlük tarihine ilişkin bir hüküm yoksa 23.5.1928 günlü, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Mer'iyet Tarihi Hakkında Kanunun 3. maddesine göre Kanun Resmi Gazetede yayımını takip eden 45. günden itibaren yürürlüğe girer.

20 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701. Benzer yönde, AnMK, 27.3.2002, E.2001/343, K.2002/41, RG: 13.11.2002-24935.

21 AnMK, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, RG: 9.5.1986-19102.

22 AnMK, 25.10.1990, E.1989/23, K.1990/26, RG: 9.1.1991-20750.

23 AnMK, 10.4.2003, E.2002/112, K.2003/33, RG: 4.11.2003-25279.

24 AnMK, 20.12.1983, E. 1982/4, K. 1983/17, RG: 13.12.1984-18604.

Kanunlar ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar ve geleceğe dönük olarak uygulanırlar. Aynı şekilde yürürlükten kaldırılan bir hukuk kuralı da yeni kuralın yürürlüğe girmesinden sonraki olaylara uygulanmaz. Bu ilkenin uygulanmasında iki ayrıksı (istisnai) durumun olduğu görülmektedir.

Birinci ayrıksı durum eski kanunun yeni kanun zamanında da etkisini sürdürmesidir. Bu durum az yukarıda incelenen kazanılmış haklarda söz konusu olmaktadır. Eski kanun zamanında kazanılmış olan haklar yeni kanun zamanında da geçerliliklerini korurlar. Örneğin, Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkındaki 29.5.1926 günlü, 864 sayılı Kanunun 5. maddesinde, eski kanuna göre medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olanların yeni kanuna göre bu ehliyeteye sahip olmasalar dahi bu yetkilerinin devam edeceği hükme bağlanmıştır.

İkinci ayrıksı durumu ise yeni kanunun geriye yürümesi oluşturmaktadır. Eski kanunun yürürlüğü sırasındaki olay, işlem ve eylemlere yeni kanunun uygulanması kamu yararı ve düzeninin gerekli kıldığı kimi zorunlu durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu şekildeki uygulama çoğunlukla kanunlarda yer alan geçici hükümlerle sağlanmaktadır. Geçici hükümlere özellikle statü hukukuna ilişkin kanun değişikliklerinde sıkça başvurulmakta ve bu yolla önceki hukuksal konumda olanların yeni hukuksal duruma intibak ve adaptasyonları sağlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kanunların zaman içinde uygulanması (yürürlüğü) konusuna değinen bazı kararları şu şekildedir:

“Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin bir nitelik kazanmış hukuki işlemlere etkili olmaması hukuken temel kurallarından biridir”²⁵.

“Yasa kuralları genelde, konuldukları gün ve gelecek içindir. Böylece yeni çıkarılan bir yasada açıklık yoksa önceden yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre gerçekleşmiş durumlarla elde edilmiş haklara dokunulamaz. Geçmiş, yeni bir yasanın etki olanı dışında kalır”²⁶.

“Geçici maddeler, genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrı hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımlanmalarından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici kurallardır”²⁷.

Anayasa Mahkemesi kanunların ilke olarak geriye yürümemesini hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği saymakta olup, bu husus kararlarda şöyle ifade edilmiştir;

“Hukuk devletinın sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenirliliği, kural olarak yasaların geriye yürütölmemesini gerekli kılar. Bu nedenle “kanunların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara

25 AnMK, E.1982/4, K.1983/17, RG: 13.12.1984-18004.

26 AnMK, E. 1989/5, (siyasi parti ihtar) K. 1990/1, RG: 4.4.1990-20482.

27 AnMK, E. 1999/23, K. 1999/18, RG: 16.7.1999-23757.

uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz”²⁸.

“Hukuk güvenliğinin gereği, yasalar genellikle yayımlanmalarından sonraki olay ve durumlara uygulanmakta olup, istisnaen kamu yararı ve düzeninin gerektirdiği durumlarda geriye doğru yürütülebilmektedir”²⁹.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunun 14/a. maddesinde 3.4.2003 günlü, 4839 sayılı kanunla yapılan değişiklikle emekli kesenek oranı % 15’ten %16’ya çıkarılmış, aynı kanunun Geçici 139. maddesine eklenen fıkra ile de, emekli, malullük, dul ve yetim aylığı alanlardan sağlık katkı payı kesilmesi öngörülmüştür.

17/4/2003 günlü Resmi Gazetede yayımlanan 4839 sayılı Kanunun yürürlüğe ilişkin 9. maddesinde 14/a. maddedeki değişikliğin 15.4.2003, Geçici 139. maddeye eklenen fıkranın da 1.4.2003 tarihinde yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu kuralla kanunun kimi hükümlerinin geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasında Mahkeme; “ Yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi ayırsız durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Geçmiş, yeni çıkarılan bir yasanın etki alanı dışında kalır. Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.... İlgililer bakımından mali külfet öngören söz konusu kuralların geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe konulması hukuk güvenliğini zedelediğinden, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır”⁴⁹, gerekçesiyle geçmişe yürüyen kuralı hukuk güvenliği ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, kanunların kural olarak yayım tarihinden sonraki olay ve işlemlere etkili olabileceğini; geçmişin yeni kanunun etki ve geçerlik alanı dışında bulunduğunu, ancak kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi durumlarda buna istisna getirilebileceğini, kişiler lehine hükümler^{30 31} içeren kanun hükümlerinin geriye yürütülmesine ise hukuki bir engel bulunmadığını kabul etmektedir. Mahkeme kanunların geçmişe etkili olmasının Anayasaya aykırılığını hukuk devletinden çıkarılan hukukun genel ilkelerine ve hukuki güvenlik ilkesine dayandırmaktadır.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 53 ncü maddesi ile 4634 Sayılı Şeker Kanununa eklenen Geçici Madde 9 ile Türkiye Şeker Kurumu kapatılmış ve Türkiye Şeker Kurumunda çalışan personel de Geçici Madde 10 ile Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı’na devredilmiştir. Söz konusu madde çerçevesinde özlük hakları ile ilgili düzenleme de yapılmıştır. Ancak, söz konusu geçiş sürecinde Türkiye Şeker Kurumunda 4857 sayılı Yasaya tabi olarak işçi statüsünde çalışanlar da Bakanlık memur kadrolarına atanarak statü değişikliğine uğramışlardır. Yasa koyucu açısından bu tür işlemin yapılabilmesi hukuken mümkündür. Ancak, geçiş süreci ile ilgili Geçici Madde 10’un beşinci fıkrasının son cümlesi ile işçi statüsünde çalışmakta iken söz

28 AnMK, 18.12.2003, E.2001/392, K.2003/60, RG: 18.12.2003-25320.

29 AnMK, E.2004/18, K.2004/89, RG: 23.11.2004-25649.

49 AnMK, 8.10.2003, E.2003/31, K.2003/87, RG: 24.2.2004-25383.

50 AnMK, 20.7.2004, E.2000/16, K.2000/17, RG: 9.11.2004-25638.

konusu personele geçişten önce ödenmiş olan ilave tediye ve ikramiyelerin çalışılmayan günler esas alınarak geri alınması düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme, öncelikle yukarıda belirtilen ve Anayasamızın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Özellikle kazanılmış hakları ortadan kaldıracı bir düzenleme olan ödenmiş olan ilave tediye ve ikramiyelerin statü değişikliği sonrası dönem için kıstatelyevm usulü ile geri alınması, önceki statüsünün gerekleri doğrultusunda hak kazandığı ve tahakkuku yapılmış olan ödemelerin hukuksuz olarak geri alınmış olması anlamına gelir. Yukarıda da belirtildiği üzere kazanılmış hakların korunması ilkesi, bir yasanın yürürlüğe girmeden önceki yasaya tabi bir hakkın kullanımını, sonradan çıkan bir yasayla değiştiremez. Nitekim söz konusu personel açısından 4857 Sayılı Yasaya tabi personel olarak çalıştığı dönemde 6772 Sayılı İlave Tediye Kanunu gereğince ilave tediye ödenmektedir. Yine Aynı Yasanın 4 üncü maddesi ile Türkiye İş Kurumu bünyesinde çalışan işçi personele ödenen ikramiyeler de kanuni dayanağı olan düzenlemelerdir. Söz konusu 6772 Sayılı Kanununda da açıkça belirtildiği ve Sayıştay Genel Kurulu’nun 1985/2 Karar No 4492/1 Kararında da konu hakkında açıkça ifade edildiği üzere ödenmiş olan ilave tediye veya ikramiyenin geri alınması söz konusu değildir.

“Eğer, bu işçi yılın bitiminden önce işten ayrılacak olursa, İşe giriş tarihi ile ayrılış tarihi arasındaki hizmet süresine göre yeniden bir değerlendirme yapılması ve yukarıda açıklanan yöntemle göre yapılacak hesaplama sonunda ileride ödenecek ilâve tediye taksitlerinden bir alacağı ortaya çıkarsa bu alacağının verilmesi, işten ayrıldığı tarihe nazaran fazla ödeme yapıldıysa, bu miktarın geri alınmaması gerekmektedir.”

Bu nedenle devri yapılan, Türkiye Şeker Kurumunda çalışan, personele geçiş dönemi öncesinde ödemesi yapılmış olan ilave tediye ve ikramiyelerin; geçiş sonrası çalışılmayan döneme ilişkin alınması hükmü geçiş sonrası dönemde farklı bir statüye geçilmesi ve geçiş öncesi dönemde de yapılan ödemenin geri alınamayacağına ilişkin 6772 Sayılı Yasa ile düzenlenmiş ve Sayıştay Genel Kurulu hükmü gereğince de açıklığa kavuşturulmuş ve yasa ile kazanılmış bir hak olduğundan Anayasanın 2 nci Maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca, söz konusu düzenleme yine Anayasa’nın 2 inci Maddesinde belirtilen hukuk devletinin bir özelliği olan “yasaların geriye yürümezliği ilkesine” de açık aykırılık taşımaktadır. Yukarıda söz konusu ilke ile ilgili yapılan açıklamalarda da görüldüğü üzere Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenirliliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle “kanunların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz. 4634 Sayılı Türkiye Şeker Kurumu Kanununda değişiklik yapan kanun, kendisinden önce yürürlükte olan bir kanun olan 6772 Sayılı Yasa gereğince ödenmiş olan ilave tediye ve ikramiye ödemelerinin geri alınmasını düzenlemektedir. Yasanın yürürlük tarihi itibarıyla tahakkuku yapılmış ve ödemesi yapılmış, herhangi bir maddi hata ya da yasaya aykırı olmayan ödemelerin, 7079 Sayılı Kanun gerekçe gösterilerek geri istenmesi yasaların geriye yürütülmesi ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Anayasanın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır ve iptali gerekir.

12. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 78. Maddesi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinin birinci Fıkrasının (e) bendinin (2) no’lu

alt bendinin birinci cümlesindeki “hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; “Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”.

Hukuk devletinde devletin eylem ve işlemlerinde ayrımcılık yapılmaması esastır. Bu şekilde yurttaşların devlete karşı güven duymaları sağlanır. Bu durum aynı zamanda devletin yurttaşları arasında ayrımcılık yapamayacağı ve eşitlik ilkesine uyma zorunluluğu anlamına gelir.

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; “(1)Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.(2)Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(3)Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz.(4)Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “Anayasa’nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı

durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kuralara bağı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değışik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez,²⁶.

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değıerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağı olacağı^{32 33} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değışik kurallara bağı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi genel olarak aynı ilkenin pozitif ve negatif görünümüleri olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre de “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğeri insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir. “⁵

Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir. Ancak bugün bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünölen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceğı de kabul edilmektedir.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 78 inci maddesi ile değıştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci Maddesinin birinci Fıkrasının (e) bendi değıştirilerek genel anlamda kamu kurum ve kuruluşları ile mahalli idarelerin yürütmekte olan hizmetler açısından hizmet alımı yöntemiyle alt-işverenlik ilişkisi kuramayacaklarını belirtmiş, ardından iki numaralı alt bendinde de hangi işlerin hizmet alımı ihalesi olarak tanımlanacağıının, hangi işlerin hizmet alımı olarak

32 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

33 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

tanımlanamayacağını belirtmiştir. Yasa koyucu, hizmet alım yönteminin sonlandırılmasını, ancak istisnai durumlarda kamu kurumlarının kendi görev ve yetkileri dahilinde yapmak zorunda oldukları hizmetlerde makine, araç vesair ihtiyaçların kiralanması gibi hallerde alt-işverenlik ilişkisi kurmasını öngörmüştür. Ancak, söz konusu (2) no'lu alt bendinin birinci cümlesindeki “hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar” ibaresini metine ekleyerek yukarıda belirtilen mantığın dışına çıkmış, adeta istisnai bir durum yaratmıştır. Özellikle Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanelerde yurttaşların sağlık hizmetine erişimleri için gerekli olan kayıt, hasta verilerinin girişleri gibi sağlık hizmetinin asli bir parçası olan hastane bilgi yönetimi sistemi hizmetleri ile yine bütün Bakanlıklarda kurulmuş olan ve devlet ile yurttaş arasında bilgi paylaşımı yapılan vatandaşların şikâyet ve taleplerini doğrudan sözlü olarak aktararak kamu hizmeti görevi yerine getiren çağrı merkezi hizmetleri, hiçbir haklı gerekçesi olmadan kapsam dışında bırakılarak bu tür hizmetlerin dışarıdan hizmet alım yöntemiyle yerine getirebilmeleri sağlanmıştır. Yapılan kanun değişikliğinde esas olan kamu hizmetinin asli ve sürekli bir hizmet olarak kamu personeli tarafından yerine getirilmesi hedeflenmiş ve bu çerçevede kamu hizmetlerinin kamu personelinin dışında kişilerce alt-işverenlik ilişkisi kurularak yerine getirilmesinin önü bu tür ihalelerin yapılması engellenerek kesilmiştir. Söz konusu düzenlemede hizmet alımı olarak tanımlanan idari sözleşmenin niteliğinin asgari % 70'den daha fazla işçilik gideri olması öngörülmüştür. Bu durumda olan idari sözleşmeleri hizmet alım ihalesi olacağı öngörülerek kamu kurumlarının bu şekilde ihale açamayacağı belirtilmiştir. Hal böyle iken niteliği itibarıyla açık bir biçimde kamu hizmeti olduğu açık olan ve işçilik maliyetinin yüzde 70'in üzerinde olduğu açık olan hastane bilgi yönetimi sistemi hizmetleri ile çağrı merkezi hizmetlerinin bu kapsam dışında bırakıldığı da objektif veya haklı bir biçimde detaylandırılmamıştır. Bu nedenle her iki işte alt-işverenlik ilişkisinin devam ettirilmesi kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yapılmaması ilkelerine aykırıdır.

Sonuç olarak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 78 inci maddesi ile değiştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci Maddesinin birinci Fıkrasının (e) bendinin (2) no'lu alt bendinin birinci cümlesindeki “hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar” ibaresi Anayasa'nın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırıdır. Bu nedenle söz konusu ibarenin iptali talep edilmektedir.

13. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 83. Maddesi ile 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanununun 15 inci maddesine eklenen fıkradaki “ve iki katı” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 83 üncü maddesi ile 29/7/2002 tarihli ve 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanununun 15 inci maddesine eklenen son fıkranın ardından söz konusu madde şu hale gelmiştir.

“Mecburi hizmet

Madde 15 – Eğitim merkezlerinde hizmet öncesi eğitim görerek ataması yapılanlar her öğretim yılı karşılığında iki yıl süre ile mecburi hizmetle yükümlüdürler.

Hizmet öncesi eğitimi tamamlamadan eğitimden çekilenler veya ilişkisinin kesilmesini gerektiren bir suç işleyenler kendileri için yapılmış bulunan bütün giderleri iki katı fazlasıyla ödemek zorundadırlar.

Ataması yapıldıktan sonra sağlık nedeniyle görevini yapmaya devam edemeyecekler hariç olmak üzere herhangi bir sebeple mecburi hizmet yükümlülüğü dolmadan görevinden çekilenler ile göreviyle ilişkisi kesilenler, kendileri için yapılmış bütün giderleri görev yapmadıkları süre ile orantılı ve iki katı olarak ödemek zorundadırlar.”

4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanunu, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde görev yapacak personelden idare memurluğu öğrencileri ile infaz ve koruma memurluğu öğrencilerinin hizmet öncesi eğitimi ile bu kurumlarda görev yapan personelin aday memurluk, hizmet içi ve görevde yükselme eğitimlerini kapsamaktadır.

Söz konusu 15 inci madde ile de eğitim merkezlerinde hizmet öncesi eğitim gören ataması yapılanların mecburi hizmet yükümlülükleri ile hizmet öncesi eğitimi tamamlamadan ayrılanların ödemeleri gereken tutarlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Maddeye 7079 sayılı Kanun ile eklenen son fıkra ile de maddede açıkça yer almayan bir hususta belirleme yapılmakta ve bu kez atamaları yapıldıktan sonra (sağlık sebepleri hariç) herhangi bir sebeple mecburi hizmet yükümlülüğü dolmadan ayrılanların ödemeleri gereken tutarlara ilişkin düzenleme yapılmaktadır.

Buna göre bu kişiler kendileri için yapılmış bütün giderleri görev yapmadıkları süre ile orantılı ve iki katı olarak ödemek zorundadırlar.

Madde bir bütün olarak incelendiğinde mecburi hizmet yükümlülüğünün verilen eğitimin iki katı olduğu açıkça görülmektedir. Yani kişi verilen eğitimin iki katı süre kadar çalışması durumunda yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Benzer şekilde ataması yapılmadan henüz eğitim devam ederken ayrılan bir kişi de o zamana kadar kendisine yapılan masrafların iki katı tutarı ödemekle yükümlü olacaktır.

Ancak ataması yapıldıktan sonra sağlık nedeniyle görevini yapmaya devam edemeyecekler hariç olmak üzere herhangi bir sebeple mecburi hizmet yükümlülüğü dolmadan görevinden çekilenler ile göreviyle ilişkisi kesilenler ise kendileri için yapılmış bütün giderleri görev yapmadıkları süre ile orantılı ve iki katı olarak ödemek zorundadırlar.

Ataması yapılmış ve çalışmaya başlamış olan kişilerin “görev yapmaları gereken süre” eğitimlerinin iki katı kadardır. Bu şekilde zaten eğitim nedeniyle Devletin yüklenmiş olduğu masrafların karşılığı olarak eğitimlerinin iki katı kadar olan süre çalışma yükümlülüğü belirlenmiş durumdadır. Buna göre örneğin bir yıllık bir eğitimi tamamlayarak çalışmaya başlayan bir kişinin mecburi hizmet yükümlülüğü iki yıl olacak ve kişinin bu süreyi tamamlamadan ayrılması durumunda ödenmesi gereken tutar da iki yıla oranla eksik kalan süreye göre hesaplanacaktır. Durum böyleyken söz konusu madde ile ödenmesi gereken tutarın ayrıca bir de iki kat olarak ödenmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Bu madde ile düzenlenen hususa benzer şekilde diğer mevzuatta da benzer hükümler bulunmaktadır.

Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Yurtdışı Eğitim Masraflarının Tahsili başlıklı Ek 34. maddesine göre yurtdışına gönderilen kamu personeli yurtdışında bulundukları sürenin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlüdür. Bu personelin mecburi hizmet yükümlülüğünü hiç yerine getirmeden veya tamamlamadan görevinden ayrılması halinde, kendileri için kurumlarınca fiilen döviz olarak yapılmış olan her türlü masraflar aynı döviz cins ve miktarı üzerinden borçlandırılır. Döviz borcu toplamından mecburi hizmetin tamamlanan kısmı için hesaplanan miktar indirilir.

Yine örneğin 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanununun 15. maddesine göre; mezun olup olmadığına bakılmaksızın mecburi hizmetle yükümlü olduğu süre içinde herhangi bir sebeple ayrılanlar, yükümlülük sürelerinin eksik kısmı ile orantılı olarak kendilerine yapılmış olan öğretim masraflarını yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödemek zorundadırlar.

Benzer şekilde, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun Ek 24. maddesine göre Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde eğitimlerini başarı ile tamamlayanlardan atanma tarihinden itibaren altı yıl zarfında memuriyetten çekilen, çekilmiş sayılan, meslekten veya memuriyetten çıkarma cezası alan ve aslî memurluğa atanamayarak ilişkisi kesilenler, kendilerine yapılmış olan öğretim masraflarını bu sürenin eksik kalan kısmı ile orantılı olarak ve kanuni faizi ile birlikte ödemek zorundadırlar.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, 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.

Kanun koyucu, dava konusu kural ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde görev yapacak personelden idare memurluğu öğrencileri ile infaz ve koruma memurluğu öğrencilerinden hizmet içi eğitimi tamamlayanların atamaları yapıldıktan sonra (sağlık sebepleri hariç) herhangi bir sebeple mecburi hizmet yükümlülüğü dolmadan ayrılanların ödemeleri gereken tutarlara ilişkin belirleme yapmaktadır.

Kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyenler için öngördüğü yaptırımın kamu yararını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmakla birlikte, bu yaptırımın amacına uygun olarak adil ve hakkaniyete uygun olması da gerekmektedir. Dava konusu kuralda, mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyenler için öngörülen yaptırım bakımından benzer durumda uygulanan kurallar ile bir karşılaştırma yapılmadığı görülmektedir. Bu itibarla, mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, adil bir denge gözetilmeden ve ölçülü ve makul olmayan bir yaptırım ile karşılaşmakta olup bu husus hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Dava konusu kural ile maddede açıkça yer almayan bir hususta düzenleme yapılmakta ve atamaları yapıldıktan sonra (sağlık sebepleri hariç) herhangi bir sebeple mecburi hizmet yükümlülüğü dolmadan ayrılanların ödemeleri gereken tutarlara ilişkin ilk kez bir belirleme yapılmaktadır. Söz konusu hükmün yürürlük tarihine ilişkin olarak da herhangi bir belirleme yapılmamış olup halen eğitime devam etmekte olanlar veya mecburi hizmet yükümlülüğü

kapsamında bulunanlar bakımından bir geçiş hükmü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla madde yürürlüğe girdiği günden itibaren herkes bakımından hüküm ifade etmeye başlamış olup hizmet içi eğitimine devam etmekte olanlar ile bu eğitimi bitirmiş olup henüz mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamamış herkes için kanun koyucu kuralı değiştirmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmekte olup takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol açacak kurallara yer verilmemelidir. “Belirlilik” ilkesinin gereği ise maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz şekilde bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını gerektirir.

Bu itibarla hizmet içi eğitimine devam etmekte olanlar ile bu eğitimi bitirmiş olup henüz mecburi hizmet yükümlülüğünü tamamlamamış herkes bakımından “hukuki güvenlik” ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır.

Dava konusu kural yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa’nın 2. Maddesine aykırıdır.

14. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 84. Maddesi ile 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen geçici madde 9’un Anayasa’ya aykırılığı

7079 Sayılı Kanunun 84. maddesi ile 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen geçici madde:

“GEÇİCİ MADDE 9- Bakanlık, bu Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (s) bendi kapsamında yapılacak yapım işlerine yönelik ihaleleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde, yılı yatırım programında yer alma ve ödeneği bulunma şartı aranmaksızın 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin tabi olduğu usule göre Yüksek Planlama Kurulunca alınan karar uyarınca yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir.”

Şeklindedir. Yapılan düzenleme ile 4848 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (s) bendi kapsamında sayılan;

“İl ve ilçelerdeki kültür merkezlerinin inşa, onarım, yönetim, işletme ve diğer mali işlerini yürütmek”

işleri 2 yıl süreyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunun bütün isteklilerin teklif verebildiği Açık İhale Usulü yerine aynı Kanunun 21/b maddesine göre idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü Pazarlık usulü ile yaptırılacaktır. 4734 sayılı Kanunun 21/b maddesindeki hüküm;

“b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması”

Şeklindedir. İfadeden de kolayca anlaşılabileceği üzere Kanunun 21/b maddesi doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare

tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması durumunda başvurulabilecek bir ihale usulüdür. Oysa il ve ilçelerdeki kültür merkezlerinin inşa, onarım, yönetim, işletme ve diğer mali işlerinin yürütülmesi bu sayılan hallerden hiçbirine girmemektedir. Dolayısıyla yapılan düzenleme 4734 sayılı Kanunun temel ilkelerini ortadan kaldırmaya ve açık ihale usulü ile bütün isteklilerin teklif verebilmesini engelleyen hükümler içermektedir. Bu şekilde 2 yıl süreyle İdare, sayı ve tutar sınırı getirilmediğinden, istediği kadar iş yaratıp bunlar için ihale dosyası hazırlayıp istediği yüklenicilere keyfi olarak verebilecektir.

Bilindiği üzere ihale mevzuatı bütün ülkelerde kamu harcama hukukunun en önemli ve dikkatli düzenlenmesi gereken alanıdır. Sadece ulusal mevzuatı değil uluslararası düzenlemeleri de içermektedir. O nedenle kamu harcama hukukuna ilişkin düzenlemelerin yasal bir dayanağının olması ve herkese eşit uygulanması önem taşımaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere 4734 sayılı Kanunun referans verilen 21/b maddesindeki doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması şartlarının hiçbirine girmemektedir. Bu durum düzenlemenin amacının İhale Kanunun hüküm altına aldığı kuralın uygulanmamasını sağlayarak ihalelerin belirli isteklilere kolayca verilmesi amacıyla yapıldığını göstermektedir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. 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. (Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 gün ve E.2013/67, K2013/164)

4848 sayılı Kanuna eklenen geçici madde ile TBMM'ce çıkarılan kanunda belirlenen açık ihale usulü ile yapılması gereken ihaleler pazarlık usulü ile yapılması hüküm altına alınarak Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olarak yasal düzenlemenin sürekliliği kaldırılarak hukuki belirsizlik yaratılmıştır. Bütün istekliler devlette hangi işlerin hangi ihale usulü ile yapılacağını önceden bilmekte ve ona göre hazırlık yapmaktadır. Açık ihale usulü ile yapılması beklenen işlerin belirli bir süre makul bir nedeni olmaksızın keyfi olarak bütün isteklilerin teklif vermesini önleyen pazarlık usulü ile yapılmasına karar verilmesi hukuki belirsizlik oluşturmaktadır.

Açık ihale usulü ile yapılması beklenen işlerin belirli bir süre makul bir nedeni olmaksızın keyfi olarak bütün isteklilerin teklif vermesini önleyen pazarlık usulü ile yapılmasına karar verilmesi ihaleye teklif vermek isteyen istekliler arasında eşitsizlikte

yaratmaktadır. Anayasanın 10 ncu maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Anayasa Mahkemesi, 11 Mayıs 1999 tarih ve K.1999/15 sayılı Kararında eşitlik anlayışını şu şekilde dile getirmiştir:

“Yasa önünde eşitlik ilkesi’ hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa’nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz”

Anayasa Mahkemesi Kararından da anlaşılabilceği üzere bir yasal kuralın aynı durumdaki kişilere ayırım yapılmaksızın eşit uygulanması gerekmektedir. Örnek olayda ise açık ihale usulüne tabi ve aynı durumdaki bütün isteklilerin teklif vermesine açık olması gereken ihaleleri idareye pazarlık usulü ile yapma yetkisi verilerek aynı durumdaki isteklilerden önemli bir kısmının, ihalede açıklık ve rekabetin sağlanmasını da engelleyecek şekilde, ihale dışı bırakılmasına neden olmaktadır.

Yukarıda anlatılan nedenlerle yapılan düzenleme Anayasanın 2 ve 10 ncu maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 91. Maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 209 uncu maddesinin başlığında yer alan “anlatılması”, birinci fıkrasında yer alan “anlatılır” ve ikinci fıkrasında yer alan “anlatılmasına” ibarelerinin Anayasa’ya aykırılığı

7079 sayılı Kanun’un 91 inci maddesi, 5271 sayılı Kanun’un 209 uncu maddesinde değişiklik yapılmasını öngörmektedir.

5271 sayılı Kanun’un 209 uncu maddesi, duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklara ilişkin düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Buna göre, naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada okunur (f.1). Sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilir (f.2).

Hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır. Anayasa’nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir.

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir.

Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaa'nın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil yargılanma hakkı, Anayasada tanımlanmadığından bu hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde AİHS ve AİHM içtihatlarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Suç isnadı altında bulunan kişilerin, savunma hakkını tam anlamıyla kullanılabilmeleri, bu kişilere savunma hakkını kullanabilecekleri imkân ve şartların yasal düzenlemelerle öngörülmüş olmasına bağlıdır.

Soruşturma evresinde suç isnadı altında bulunan şüphelinini isnadı öğrenme, savunma yapma hakkı bulunduğu gibi, açık yargılamada sanığa da bu imkan tanınmış ve böylelikle kovuşturma evresinde savunma ve meramını anlatma hakkını etkin bir biçimde kullanılması hedeflenmiştir.

Ancak kovuşturmada hakim olan prensipler, soruşturmadan farklı olduğundan, kovuşturmada çelişmeli yargı prensibi, sözlülük prensibi, delillerin doğrudan doğruyalığı prensibinin hayata geçirilmesi bakımından, Kanun'da kovuşturma evresine özgü düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden en önemlisi de duruşmada okunması zorunlu olan belge ve tutanaklara ilişkin Kanun'un 209 uncu maddesidir.

Kovuşturma safhasında, uyuşmazlığı çözen nihai kararı verme yetkisi yargılama makamına aittir. Bununla birlikte, muhakeme faaliyetinin iddia ve savunma ayağında yer alan süjelerin, ceza muhakemesi faaliyetinin kolektifliğine katkı sağlamasına imkan veren birçok hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İddia makamı olarak savcının, katılanın, vekilinin, sanık ve müdafinin, bu evrede talep ve beyanda bulunma, delil toplanmasını isteme, delil gösterme yetkisinin bulunması, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasına, bu suretle yargılamanın yönlendirilmesi ve çelişmeliliğine imkan vermekte, sonuç olarak yargılama makamı tarafından verilen hüküm, kolektif bir şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Kovuşturma evresinde, soruşturma evresinin aksine sözlülük ilkesi geçerlidir. Sözlülük, duruşmadaki işlemlerin söz ve konuşma yoluyla yapılmasını ve yargılama süjelerinin delilleri tartışmasını, sözlü yapılan yargılamada yargılama konusu olay üzerinde kanaat edinilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle sözlülük ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine hizmet etmektedir.

Deliller duruşmada ortaya konularak, süjelerin tartışmasına açılır. Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir (m.217/1).

Görüldüğü gibi, ceza muhakemesi sistemimiz, duruşmanın sözlülüğü prensibi ile, delillerin açık yargılamada tüm tarafların huzurunda tartışılmasını, değerlendirilmesini öngörmüş ve mahkemenin de ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı olarak hüküm kurabileceğini kabul etmiştir.

Çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensibi, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup, bu prensibin doğal bir sonucu olarak, duruşmada ortaya konulması gereken belge ve tutanakların çelişmeliliğe imkan verecek tarzda açık ve bütün bir şekilde okunması gerekmektedir. Ortaya konulan bu belgelerin özetlenmesi, bazı bölümlerinin göz ardı edilmesi, çelişmelilik ilkesine aykırı olduğu gibi, sanığın savunma ve adil yargılanma hakkının da zedelenmesi anlamına gelmektedir.

7079 sayılı Kanun'un 91 inci maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 209 uncu maddesinde yer alan duruşmada ortaya konulması zorunlu belge ve tutanakların okunmasını öngören düzenlemede değişiklik yapılması ve değişiklik uyarınca belge ve tutanakların okunması yerine anlatılmasının kabul edilmesi, delillerin doğrudan doğruyalığı, çelişmelilik prensibi ve silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmamakta ve adil yargılama ilkesine ihlali niteliğini taşımaktadır.

Duruşmada ortaya konulması zorunlu olan belge ve tutanakların okunması yerine, anlatılmasını öngören düzenleme, çelişmelilik prensibi ile bağdaşmadığından ve sanığın savunma hakkı ile adil yargılanma hakkını sınırlandırıcı bir mahiyet arz ettiğinden, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Duruşmada ortaya konulması zorunlu olan belgelerin anlatılmasına ilişkin düzenleme, sanığın hak arama hürriyetine, savunma hakkının özüne müdahale oluşturduğundan Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32, RG. 21.5.2015-29362). Söz konusu madde adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi, hukukun üstün kurallarını gözeterak hak ve özgürlükleri koruyucu değil, ortadan kaldırııcı bir nitelik taşıması ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından Anayasanın insan haklarına dayalı demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen iş bu düzenleme Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

16. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 93. Maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 282 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “anlatılır” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7079 sayılı Kanun’un 93 üncü maddesi ile 5271 Kanunun 282 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde değişiklik yapılması öngörülmektedir.

Kanunun 282 nci maddesi, Bölge Adliye Mahkemelerindeki istinaf yargılamalarında yapılacak işlemlere ilişkindir. İstinaf yargılamasında, 5271 sayılı Kanun’un duruşmaya ilişkin genel hükümleri uygulanır. Bunun yanında, istinaf kanun yolunun duruşma aşamasına özgü istisnai işlemlere Kanun’un 282 nci maddesinde yer verilmiştir. Maddenin (d) bendinde, Bölge adliye mahkemesi duruşma hazırlığı aşamasında toplanan delil ve belgelerin, yapılmışsa keşif ve bilirkişi açıklamalarına ilişkin tutanak ve raporların okunmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmişken, 7079 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca bu belgelerin okunması yerine, anlatılması kabul edilmektedir.

Ceza muhakemesine ilişkin genel ilke ve amaçlar, İstinaf denetim muhakemesi yolu bakımından da geçerlidir. İstinaf yolunda duruşma evresinde, birkaç istisnai düzenleme dışında genel hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. Bu çerçevede, kovuşturmayla özgü tüm özellik ve prensiplerin, Bölge Adliye Mahkemesi’ndeki duruşmalarda da geçerli olduğu şüphesizdir.

Hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır. Anayasa’nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir.

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterak maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir.

Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafanın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil yargılanma hakkı, Anayasada tanımlanmadığından bu hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde AİHS ve AİHM içtihatlarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Suç isnadı altında bulunan kişilerin, savunma hakkını tam anlamıyla kullanılabilmesi, bu kişilere savunma hakkını kullanabilecekleri imkân ve şartların yasal düzenlemelerle öngörülmüş olmasına bağlıdır.

Soruşturma evresinde suç isnadı altında bulunan şüphelinin isnadı öğrenme, savunma yapma hakkı bulunduğu gibi, açık yargılamada sanığa da bu imkan tanınmış ve böylelikle kovuşturma evresinde savunma ve meramını anlatma hakkını etkin bir biçimde kullanılması hedeflenmiştir.

Ancak kovuşturmada hakim olan prensipler, soruşturmadan farklı olduğundan, kovuşturmada çelişmeli yargı prensibi, sözlülük prensibi, delillerin doğrudan doğruyalığı prensibinin hayata geçirilmesi bakımından, Kanun'da kovuşturma evresine özgü düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden en önemlisi de duruşmada okunması zorunlu olan belge ve tutanaklara ilişkin Kanun'un 209 uncu maddesidir.

Kovuşturma safhasında, uyuşmazlığı çözen nihai kararı verme yetkisi yargılama makamına aittir. Bununla birlikte, muhakeme faaliyetinin iddia ve savunma ayağında yer alan süjelerin, ceza muhakemesi faaliyetinin kolektifliğine katkı sağlamasına imkan veren birçok hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İddia makamı olarak savcının, katılanın, vekilinin, sanık ve müdafinin, bu evrede talep ve beyanda bulunma, delil toplanmasını isteme, delil gösterme yetkisinin bulunması, delillerin

ortaya konulması ve tartışılmasına, bu suretle yargılamanın yönlendirilmesi ve çelişmeliliğine imkan vermekte, sonuç olarak yargılama makamı tarafından verilen hüküm, kollektif bir şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Kovuşturma evresinde, soruşturma evresinin aksine sözlülük ilkesi geçerlidir. Sözlülük, duruşmadaki işlemlerin söz ve konuşma yoluyla yapılmasını ve yargılama süjelerinin delilleri tartışmasını, sözlü yapılan yargılamada yargılama konusu olay üzerinde kanaat edinilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle sözlülük ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine hizmet etmektedir.

Deliller duruşmada ortaya konularak, süjelerin tartışmasına açılır. Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir (m.217/1).

Görüldüğü gibi, ceza muhakemesi sistemimiz, duruşmanın sözlülüğü prensibi ile, delillerin açık yargılamada tüm tarafların huzurunda tartışılmasını, değerlendirilmesini öngörmüş ve mahkemenin de ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı olarak hüküm kurabileceğini kabul etmiştir.

Çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensibi, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup, bu prensibin doğal bir sonucu olarak, duruşmada ortaya konulması gereken belge ve tutanakların çelişmeliliğe imkan verecek tarzda açık ve bütün bir şekilde okunması gerekmektedir. Ortaya konulan bu belgelerin özetlenmesi, bazı bölümlerinin göz ardı edilmesi, çelişmelilik ilkesine aykırı olduğu gibi, sanığın savunma ve adil yargılanma hakkının da zedelenmesi anlamına gelmektedir.

7079 sayılı Kanun'un 91 inci maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 209 uncu maddesinde yer alan duruşmada ortaya konulması zorunlu belge ve tutanakların okunmasını öngören düzenlemede değişiklik yapılması ve değişiklik uyarınca belge ve tutanakların okunması yerine anlatılmasının kabul edilmesi, delillerin doğrudan doğruyalığı, çelişmelilik prensibi ve silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmamakta ve adil yargılama ilkesine ihlali niteliğini taşımaktadır.

Duruşmada ortaya konulması zorunlu olan belge ve tutanakların okunması yerine, anlatılmasını öngören düzenleme, çelişmelilik prensibi ile bağdaşmadığından ve sanığın savunma hakkı ile adil yargılanma hakkını sınırlandırıcı bir mahiyet arz ettiğinden, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Duruşmada ortaya konulması zorunlu olan belgelerin anlatılmasına ilişkin düzenleme, sanığın hak arama hürriyetine, savunma hakkının özüne müdahale oluşturduğundan Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

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

(E.2014/189, K.2015/32, RG. 21.5.2015-29362). Söz konusu madde adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi, hukukun üstün kurallarını gözeterak hak ve özgürlükleri koruyucu değil, ortadan kaldırııcı bir nitelik taşıması ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından Anayasanın insan haklarına dayalı demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen iş bu düzenleme Anayasa'nın Başlangıç Kısımına, 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

17. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 94. Maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 299 uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7079 sayılı Kanun'un 94 üncü maddesi ile 5271 sayılı Kanun'un 299 uncu maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir.

299 uncu madde, temyiz kanun yolunda duruşmalı inceleme yapılmasına ilişkindir. Değişiklikten önceki düzenlemede, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay'ın incelemelerini sanığın veya katılanın temyiz başvurusundaki istemi üzerine veya re'sen duruşma yoluyla yapacağı öngörülmüştü.

7079 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme uyarınca, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay'ın incelemelerini uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabileceği kabul edilmiştir.

Kişinin duruşmalı yargılamada yargılanma hakkı, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Gerçekten de, ister ilk derece mahkemesindeki yargılamalarda isterse kanun yolu aşamasındaki yargılamalarda olsun, kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanılabilecek kanıtları mahkeme önüne getirebilmektir.

Hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir.

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterak maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediğı, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı

bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir.

Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaanın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil yargılanma hakkı, Anayasada tanımlanmadığından bu hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde AİHS ve AİHM içtihatlarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Sav ve savunma birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız olan niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Suç isnadı altında bulunan kişilerin, savunma hakkını tam anlamıyla kullanılabilmeleri, bu kişilere savunma hakkını kullanabilecekleri imkân ve şartların yasal düzenlemelerle öngörülmüş olmasına bağlıdır. Denetim muhakemesi yolunda, duruşmanın yapılmasının, inceleme mercinin olurlarına bırakılması, savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelir, aynı zamanda bu düzenleme çelişmeli yargı prensibinin kural olmaktan çıkmasına sebebiyet verecektir.

Kovuşturma safhasında, uyuşmazlığı çözen nihai kararı verme yetkisi yargılama makamına aittir. Bununla birlikte, muhakeme faaliyetinin iddia ve savunma ayağında yer alan süjelerin, ceza muhakemesi faaliyetinin kolektifliğine katkı sağlamasına imkan veren birçok hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İddia makamı olarak savcının, katılanın, vekilinin, sanık ve müdafinin, bu evrede talep ve beyanda bulunma, delil toplanmasını isteme, delil gösterme yetkisinin bulunması, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasına, bu suretle yargılamanın yönlendirilmesi ve çelişmeliliğine imkan vermekte, sonuç olarak yargılama makamı tarafından verilen hüküm, kolektif bir şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Kovuşturma evresinde, soruşturma evresinin aksine sözlülük ilkesi geçerlidir. Sözlülük, duruşmadaki işlemlerin söz ve konuşma yoluyla yapılmasını ve yargılama süjelerinin delilleri tartışmasını, sözlü yapılan yargılamada yargılama konusu olay üzerinde kanaat edinilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle sözlülük ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine hizmet etmektedir.

Deliller duruşmada ortaya konularak, süjelerin tartışmasına açılır. Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir (m.217/1).

Görüldüğü gibi, ceza muhakemesi sistemimiz, duruşmanın sözlülüğü prensibi ile, delillerin açık yargılamada tüm tarafların huzurunda tartışılmasını, değerlendirilmesini öngörmüş ve mahkemenin de ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı olarak hüküm kurabileceğini kabul etmiştir.

Çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensibi, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup, bu prensibin doğal bir sonucu olarak, sanığa duruşmalı yargılamada kendisini ifade edebilme ve delillerini sunabilme imkanının tanınması gerekir. Bu imkanın denetim mercinin olurluna bırakılması, adil yargılanma hakkının da zedelenmesi anlamına gelmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir. Bu sebeple, bit hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de "hak arama hürriyeti" oluşturmaktadır.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Ceza uyuşmazlığının taraflarının, uyuşmazlığın duruşmalı yargılamada giderilmesini talep etme hakları, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının bir tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçasıdır.

Temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasına ilişkin düzenlemenin, denetim mercinin uygun bulmasına bağlı tutulması, sanığın hak arama hürriyetine, savunma hakkının özüne müdahale oluşturduğundan Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32, RG. 21.5.2015-29362). Söz konusu madde adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi, hukukun üstün kurallarını gözeterek hak ve özgürlükleri koruyucu değil, ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından Anayasanın insan haklarına dayalı demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen iş bu düzenleme Anayasa'nın Başlangıç Kısmına, 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

18. 7079 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 95. Maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 43. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bendin Anayasa'ya aykırılığı

7079 sayılı Kanun'un 95. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına yeni bir bent eklenmesi öngörülmektedir.

5275 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesi, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezasına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir.

Maddenin 1 inci fıkrasına göre, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşüne çıkarılmamasıdır.

Maddenin 2 nci fıkrasında, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler sayılmıştır. Buna göre, “a) Sayım yapılmasına karşı çıkmak. b) Aramaya karşı çıkmak. c) Sevke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak. d) Kurumda korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde söz söylemek veya davranışta bulunmak. e) Hükümlülerin haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum hekimince muayene ve tedavi edilmelerini, avukat tayin etmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet Başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engellemek, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik etmek, bu yolda talimat vermek, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanaklarını engellemek. f) Kumar ve benzeri oyunlar oynamak veya oynatmak” ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemlerdir.

7079 sayılı Kanun'un 95 inci maddesi ile, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler arasına, g) bendi olarak “Ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemek veya verilen kıyafetlere kasten zarar vermek” eylemi getirilmiştir.

Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, bir disiplin cezası olarak 5275 sayılı Kanun'da öngörülmüştür. İnfazın insancılığı, infaz hukukuna ilişkin temel prensiplerden biridir. Bu prensip uyarınca, infaz kurallarının, hükümlülere ilişkin yükümlülüklerin, disiplin kurallarının ve cezalarının insan onuruna aykırı olmaması gerekmektedir. İlgili düzenlemeler niteliği itibarıyla tutuklular hakkında da caridir.

Anayasa'nın 17 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “(...) kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denilmek suretiyle, insancılık ilkesine vurgu yapılmıştır.

Çağdaş bir hukuk devletinde, infaz hukukuna ilişkin düzenlemelerin insancıl olması, tutuklu ve hükümlülerin insan olduğunun, bu toplumun bir bireyi olduğunun, hak ve hürriyetlere sahip olduğunun ve bu hak ve hürriyetlerin Anayasal güvence altında olduğunun bilincinde olunması, demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz gerekliliklerinden biridir.

Anayasası'nın 12/1 inci maddesinde; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilerek, bireylerin vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği temel haklarının bulunduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 17/1 maddesinde de; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilerek, kişi dokunulmazlığı ve bireylerin maddi-manevi varlıklarını geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır.

İnsan onuru da, bireyin kişiliğine bağlı olan, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklarından biri olup, Anayasa'nın güvencesi altındadır. İnsan onurunun dokunulmazlığının korunması, ceza hukuku ve infaz hukukunun temel prensiplerinden olup, devletin bu dokunulmazlığı koruma ve gözetme yükümlüğü bulunmaktadır.

Nitekim, Anayasa'nın 5 inci maddesi, "Devletin temel amaç ve görevlerinin, 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 çalışmak" olduğunu düzenlemiştir.

Getirilen düzenleme, 7079 sayılı Kanun'un 97 nci maddesi ile getirilen hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde, belirli suçlardan tutuklu bulunanlar için ayrı bir kural niteliğini taşıdığından ve tutuklulara uygulanacak disiplin cezalarında suç ayrımı yapıldığından, eşitlik ilkesine aykırıdır. Anayasa'nın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilmekte olup, son fıkrası "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme bu yönüyle Anayasa'nın 10 uncu maddesine aykırıdır.

Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13 üncü maddede; "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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilerek, temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamaların ölçülü olması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla, kanunlarda, Anayasanın çizdiği bu çerçevede dışında, insan onuruna aykırı, temel hak ve hürriyetleri daraltıcı ve haklara müdahale alanını genişletici düzenlemelere yer verilmesi, Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

7079 sayılı Kanun'un 95 inci maddesi ile, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler arasına, g) bendi olarak "Ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemek..." eylemi getirilmesi, insan onuru ile bağdaşmayan bir düzenlemedir.

Öncelikle, disiplin kuralları ve cezalarının amacı, ceza infaz kurumundaki düzeni sağlamak olup, ceza infaz kurumunca verilen kıyafetlerin dışarıda giyilmesinin reddedilmesi, infaz kurumu kurallarına aykırı ya da infaz kurumu düzenini ihlal eden bir davranış olmadığından, bu davranışa disiplin cezası öngörülmesi kabul edilebilir değildir.

Ayrıca ceza hukukunda, fiilin ağırlığı ile orantılı ceza prensibi geçerli olup, disiplin hukukun açısından da bu prensip caridir. Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını oluşturan eylemler arasına, hükümlünün ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemesinin de eklenmesi, fiil ile orantılı değildir. Aynı zamanda, bu davranış, söz konusu yaptırımın uygulanmasını gerektirir bir niteliğe sahip olmayıp, eylem ile yaptırım arasında bir bağlantı da bulunmamaktadır.

Tutukluların ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemesi dolayısıyla, ailesi ve yakınları ile görüşmelerinden mahrum bırakılması sonucunu doğuran bu düzenleme, insan haysiyetiyle bağdaşmamaktadır.

Getirilen hüküm, insan onurunun, kişi dokunulmazlığının, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının özüne müdahale oluşturduğundan, Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; “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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Bizatihi tutuklu sanık üzerinde, bu Kanunun yine 97. maddesinde belirtilen, kendisini damgalayıcı, suçsuzluk karinesini ortadan kaldıran, insan onuruna aykırı uygulamayı hayata geçirmek adına, yakınları üzerinden bir baskı kurma mahiyetindeki hüküm, açıkça evrensel hukuk ilkeleriyle bağdaşmaz niteliktedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri de, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan bir yönetim biçimini salık vermesidir.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32, RG. 21.5.2015-29362). Söz konusu madde adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi, hukukun üstün kurallarını gözetererek hak ve özgürlükleri koruyucu değil, ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından Anayasanın insan haklarına dayalı demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen iş bu düzenleme Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 5., 10., 12., 13. ve 17. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

19. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 97. Maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 1’in Anayasa’ya aykırılığı

7079 sayılı Kanun’un 97 nci maddesiyle 5275 sayılı Kanun’a ek 1 inci madde eklenmesi öngörülmektedir.

Ek 1 inci maddeye göre; “(1) 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle tutuklu veya hükümlü bulunanlar, duruşmaya sevk nedeniyle ceza infaz kurumu dışına çıkarılmaları durumunda, ceza infaz kurumu idaresince verilen giysileri giymek zorundadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 309 ila 312 nci maddelerinde düzenlenen suçlardan tutuklu ve hükümlü olanlar badem kurusu; bu maddede belirtilen diğer suçlardan tutuklu ve hükümlü olanlar ise gri renginde göğüs ve pantolon bölümü bitişik (tulum) giysiler giyer. Ancak kadın tutuklu ve hükümlülerin giysileri bitişik şekilde (tulum) olmayabilir. Bu madde hükümleri çocuklar ile hamile kadınlar hakkında uygulanmaz. Kadın tutuklu ve hükümlülerin giysileri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar yönetmelikle belirlenir. (2) Bu maddede öngörülen yönetmelik bir ay içinde yürürlüğe konulur. Bu madde hükümleri söz konusu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanır.”

7079 sayılı Kanun’un 103’üncü maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna ek madde 1 ilave edilmiştir. Buna göre; 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle tutuklu veya hükümlü bulunanların, duruşmaya sevk nedeniyle ceza infaz kurumu dışına çıkarılmaları durumunda, ceza infaz kurumu idaresince verilen giysileri giymenin zorunda olması öngörülmüştür.

Düzenleme uyarınca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309 ila 312'nci maddelerinde düzenlenen suçlardan tutuklu ve hükümlü olanlar badem kurusu; bu maddede belirtilen diğer suçlardan tutuklu ve hükümlü olanlar ise gri renginde göğüs ve pantolon bölümü bitişik (tulum) giysiler giyecektir.

Dünya'da ABD dışında tutuklularda tek tip kıyafet uygulaması yaygın değildir. Hükümlülerde tek tip kıyafet uygulaması cezaevinde disiplin sağlama, ceza infazında etkililiği artırma, eşitlik gibi düşüncelerle savunulmakta ise de, bu kıyafetlerin, damgalayıcı, aşağılayıcı uygulamalara hizmet etmemesi gerektiği belirtilmektedir.

Tutuklulara tek tip kıyafet giydirilmesi, damgalama, aşağılama düşüncesine hizmet ettiğinden, henüz mahkûm ve hükümlü statüsünde bulunmayan bir kimsenin hem masumiyet karinesini ihlal etmekte hem de haysiyet kırıcı bir özelliğe bürünmektedir. Hatta klasik çağdaş sistemlerde, tutukluların duruşmaya katılımında tek tip kıyafet bir tarafa, düzgün serbest kıyafeti yoksa, kendisine temiz, uygun kıyafet verilmesi esastır.

Terörle Mücadele Kanunu kapsamında tutuklananlara tek tip kıyafet giydirilmesi, aynı davada yargılanan tutuklu ve tutuksuz sanıklar yönünden de ciddi mahzurları beraberinde getirmektedir. En başta aynı davada yargılanan tutuklu ve tutuksuz sanık arasında eşitlik prensibine aykırı bir uygulamaya gidilmiş olunmaktadır.

Yine tutuklu sanığın adil yargılanma hakkı, masumiyet karinesi etkilenerek damgalamaya hizmet edilmektedir. Kişinin kendisini peşinen suçlu gösterecek böyle bir uygulamaya maruz kalması, Anayasa'nın 38 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" prensibine (masumiyet karinesi) ve aynı maddenin 5 inci fıkrasında ifadesini bulan "hiç kimse kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamaz" nemo tenetur ilkesine de aykırıdır.

Tek tip kıyafet uygulaması, sadece belirli suçlar yönünden öngörüldüğünden, tutuklamaya dahil, genel bir tedbir niteliği de arz etmemektedir. Zira tutuklama, şüpheli ya da sanık hakkında kişi hürriyetini kısıtlayıcı bir tedbir olarak oldukça ağırdır, böyle bir tedbire ilaveten, ceza yargılamasının amaçları ile bağdaşmayan ek mükellefiyetler getirilmesi ölçülü de değildir.

Anayasa'nın 13 üncü maddesi uyarınca "temel hak ve hürriyetler özüne dokunulmaksızın... kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

"Tek tip kıyafet" ceza yargılamasında şüpheli yahut sanığın, ceza yargılamasının maddi gerçeğe ulaşması adına katlanılması gereken uygulamalarından biri değildir. Tutuklamanın amaçları yönünden, fayda sağlayıcı, gerektirici bir yönü de bulunmamaktadır. Bu uygulama sadece yargılanan tutuklu sanığı duruşma salonunda ve kamuoyu önünde henüz mahkumiyeti kesinleşmeden, yargılama devam ederken, suçlu olarak damgalamaya hizmet etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Jiga v. Romanya (16.03.2010, no:14352/04), kararı bu hususta yol göstericidir. İlgili kararda, yapılan uygulamanın duruşma salonunda tutuklu sanığın, diğer sanıklar karşısındaki konumu ile kıyafetin kamuoyu önünde ortaya çıkardığı suçsuzluk karinesini ihlal eden görüntü üzerinde durulmuştur.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları hakkında (2006) 2 nolu Tavsiye Kararının 20. maddesinde de “kendine ait uygun giysisi olmayan mahpuslara iklime uygun giysiler verilmelidir” denilmekle birlikte, “bu giysilerin aşağılayıcı veya küçük düşürücü olmaması gerektiği” belirtilmiştir.

Keza Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Tutuklu Yargılamanın Kullanımı, İçinde Vuku Bulduğu Koşullar ve İstismarına Karşı Koruyucu Düzenlemeler Hakkında Rec (2006) 13 Sayılı Ek Tavsiye Kararında tutuklu sanıklar yönünden dikkat edilmesi gereken kurallara işaret edilmiştir. Buna göre üye devletler “...Tutuklu kişilerin, masumiyet karinesine dayalı olarak, yasal durumlarına uygun koşullarda tutulmalarını ve uygun bir rejime tabi tutulmalarını sağlamayı...” hedeflemelidir.

Cezaevinde bulunan kişilere tek tip elbise ya da tulum giydirilmesi ve bu şekilde duruşmaya çıkarılması, ceza hukukunda geçerli olan insancılık prensibi, adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi, masumiyet karinesi ilkelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 17 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında; “(..) kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denilmek suretiyle, insancılık ilkesine vurgu yapılmıştır.

Çağdaş bir hukuk devletinde, ceza hukuku ve infaz hukukuna ilişkin düzenlemelerin insancıl olması, tutuklu ve hükümlülerin de insan olduğunun, hak ve hürriyetlere sahip olduğunun ve bu hak ve hürriyetlerin Anayasal güvence altında olduğunun bilincinde olunması, demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz gerekliliklerinden biridir.

Anayasası'nın 12/1 inci maddesinde; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilerek, bireylerin vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği temel haklarının bulunduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 17/1 maddesinde de; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilerek, kişi dokunulmazlığı ve bireylerin maddi-manevi varlıklarını geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır.

İnsan onuru da, bireyin kişiliğine bağlı olan, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez haklarından biri olup, Anayasa'nın güvencesi altındadır. İnsan onurunun dokunulmazlığının korunması, ceza hukuku ve infaz hukukunun temel prensiplerinden olup, devletin bu dokunulmazlığı koruma ve gözetme yükümlüğü bulunmaktadır. Bu dokunulmazlık herkese eşit bir biçimde öngörüldüğünden, tutuklu ve hükümlüler de bu dokunulmazlıktan faydalanır. Anayasa'nın 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrasında; “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek bu ilke güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 5 inci maddesi, “Devletin temel amaç ve görevlerinin, 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 çalışmak” olduğunu düzenlemiş, Anayasa'nın 10 uncu maddesinin son fıkrasında ise; “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” denilmiştir.

Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13 üncü maddede ise; “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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” denilerek, temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamaların ölçülü olması gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla, kanunlarda, Anayasanın çizdiği bu çerçeve dışında, insan onuruna aykırı, temel hak ve hürriyetleri daraltıcı ve haklara müdahale alanını genişletici düzenlemelere yer verilmesi, Anayasa’ya aykırılık oluşturur.

7079 sayılı Kanun’un 97 nci maddesiyle getirilen belirli suçlardan tutuklu ve hükümlü bulunan kimselere tek tip kıyafet giydirilmesi uygulaması, insan onuru ile bağdaşmadığından Anayasa’ya aykırıdır.

Bir insana zorla, istemediği giysinin giydirilmesi, bunun toplum içerisinde suçlu gibi damgalanması, hakim, mahkemenin, savcının, duruşmadaki diğer süljelerin, açık yargılamaya katılan kişilerin önüne bu şekilde çıkarılması, onun kişiliğini, insan haysiyetini, insan onurunu zedeleyen bir uygulamadır.

Ayrıca, tek tip kıyafet giydirilerek tutukluları yargıç önüne çıkarılmak, kişinin bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine yol açan bir uygulama niteliğini taşımaktadır.

Tutuklu ve hükümlülerin tek tip kıyafet giydirilerek, yargılama makamları önüne çıkartılması, onların özgür bir şekilde savunma yapma ve meramlarını anlatma haklarını sınırlayıcı ve bu hakları zedeleyici, hakkın özüne dokunan bir mahiyet arz etmektedir.

Suç isnadı altında olan kişilerin, istemediği giysiler içerisinde, kendisi hakkında karar verecek ve yargılama makamları önünde bulundurulması doğru değildir. Böyle bir ortamda, adil bir yargılamanın gerçekleştirilebileceğinden ve adaletin tecelli edilebileceğinden de söz edilemez. Adalet psikolojisi açısından bu uygulama isabetli değildir. Suç şüphesi altında bulunan kişiler ve hatta suçlular da birer insandır. İnsan onuru hiçbir ayırım gözetmeksizin herkes bakımından geçerli Anayasa ve uluslararası hukukta güvence altına alınmış, temel hak ve bir dokunulmazlıktır.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir.

Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaanın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil

yargılanma hakkı, Anayasada tanımlanmadığından bu hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde AİHS ve AİHM içtihatlarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Suç isnadı altında bulunan kişilerin, savunma hakkını tam anlamıyla kullanılabilmesi, bu kişilere savunma hakkını kullanabilecekleri imkân ve şartların yasal düzenlemelerle öngörülmüş olmasına bağlıdır.

Soruşturma evresinde suç isnadı altında bulunan şüphelinin isnadı öğrenme, savunma yapma hakkı bulunduğu gibi, açık yargılamada sanığa da bu imkan tanınmış ve böylelikle kovuşturma evresinde savunma ve meramını anlatma hakkını etkin bir biçimde kullanılması hedeflenmiştir.

Ancak kovuşturmada çelişmeli yargı prensibi, sözlülük prensibi, silahların eşitliği prensibi geçerli olduğundan, yasal düzenlemeler yapılırken bu prensipleri zedeleyici ve ortadan kaldıracı hükümlere yer verilmemesi gerekir.

Kovuşturma safhasında, uyuşmazlığı çözen nihai kararı verme yetkisi yargılama makamına aittir. Bununla birlikte, muhakeme faaliyetinin iddia ve savunma ayağında yer alan süjelerin, ceza muhakemesi faaliyetinin kolektifliğine katkı sağlamasına imkan veren birçok hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İddia makamı olarak savcının, katılanın, vekilinin, sanık ve müdafinin, bu evrede talep ve beyanda bulunma, delil toplanmasını isteme, delil gösterme yetkisinin bulunması, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasına, bu suretle yargılamanın yönlendirilmesi ve çelişmeliliğine imkan vermekte, sonuç olarak yargılama makamı tarafından verilen hüküm, kolektif bir şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Kovuşturma evresinde, soruşturma evresinin aksine sözlülük ilkesi geçerlidir. Sözlülük, duruşmadaki işlemlerin söz ve konuşma yoluyla yapılmasını ve yargılama süjelerinin delilleri tartışmasını, sözlü yapılan yargılamada yargılama konusu olay üzerinde kanaat edinilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle sözlülük ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine, çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensibine hizmet etmektedir.

7079 sayılı Kanun'un 97 nci maddesiyle, 5275 sayılı Kanun'a eklenen Ek 1 inci maddede öngörülen tek tip kıyafet uygulaması, sanığın savunma hakkını zedelediğinden, silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmamakta ve adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğini taşımaktadır.

Aynı zamanda, tek tip kıyafet giyen tutuklu veya hükümlülere ilişkin duruşmalarda, açık yargılamada duruşmayı izleyenlerin tepkileri, davranışları, iddia makamlarının iddia, itham ve görüşleri, yargılamayı yürüten mahkeme üzerinde bir baskı oluşturacak, yargılama makamının tarafsız bir karar vermesini engelleyebilecektir. Hakimin tarafsızlığı prensibini zedeleyebilecek böyle bir uygulama, kişilerin suçsuzluk karinesini ortadan kaldıracak ve haklarında henüz kesin hüküm bulunmadan suçlu muamelesine tabi tutulmalarına sebebiyet verecektir.

Böyle bir uygulama içerisinde, kişilerin kendilerini savunabilmesi, yasanın öngördüğü hak ve imkanları kullanabilmesi oldukça zordur. Bu ortamda, bir suçlamaya muhatap olmak, suçlamaya karşı savunma hakkını etkin bir şekilde kullanabilmek mümkün olmadığı gibi, insan onuruna aykırı bu uygulama nedeniyle suç isnadı altında bulunan kişilerin sağlıklı bir psikolojik içerisinde kalabilmeleri de mümkün değildir. Çağdaş bir hukuk devletinde, yargılamanın bir

işkence ve eziyet niteliğine bürünmesi kabul edilebilir değildir. Nitekim, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılamayı isteme hakkı, hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının en önemli parçasıdır.

Belirli tipteki elbiseleri giyen kişilerin, toplum nezdinde hiçbir ayırım yapılmadan aynı olumsuz değer yargılarıyla yargılanmalarına sebebiyet verecek böyle bir uygulama, kişilerin haksız yere damgalanmasına ve masumiyet karinesinin ihlal edilmesine yol açacaktır.

Getirilen bu düzenleme, insan onurunun, kişi dokunulmazlığının, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının özüne müdahale oluşturduğundan, Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; “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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (E.2014/189, K.2015/32, RG. 21.5.2015-29362). Söz konusu madde adil olması gereken hukuk düzenini zedelemesi, hukukun üstün kurallarını gözeterak hak ve özgürlükleri koruyucu değil, ortadan kaldırııcı bir nitelik taşıması ve Anayasaya aykırı bir düzenleme olması bakımından Anayasanın insan haklarına dayalı demokratik hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan bu sebeplerle, iptali talep edilen iş bu düzenleme Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 5., 10., 12., 13., 17., 36 ve 38. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

20. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 103. Maddesi ile 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununun 7 nci Maddesine eklenen 13 No’lu Fıkra’nın Anayasa’ya aykırılığı

Anayasa’nın Kanun Önünde Eşitlik İlkesine Aykırılık Sorunu

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; “(1) Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (3) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz. (4) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “Anayasa’nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı

durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurala bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da toplumlar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez,²⁶.

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı^{34 35} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.”

Yüce Mahkemenizin önüne getirdiğimiz Sözleşmeli Er ve Erbaş Kanunu’nun 7 nci Maddesine eklenen 13 no’lu fıkra da sözleşmeli er ve erbaşların hastalanmaları halinde bazı istisnai durumlar hariç olmak üzere bir takvim yılı içinde kullandığı hastalık izin süreleri toplamı on beş günü aşması halinde rapor sürelerinin 15 günlük süreyi aşan günleri için aylık ücretlerinin yüzde on eksik ödeneceği düzenlenmiştir.

Öncelikle böyle bir düzenleme yukarıda tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkesini açıkça zedelemektedir. Şöyle ki, söz konusu sözleşmeli er ve erbaşlar birer kamu görevlisidir. Söz konusu kanunda da bu durum açık bir biçimde düzenlenmiştir. Asker şahıs olarak nitelendirilen bu kişilerin özlük hakları genel anlamda diğer kamu görevlilerinin tabi olduğu yasalara bağlıdır. Ayrıca asker şahıs olmaları nedeniyle askeri görevlilerin tabi olduğu 926 Sayılı Askeri İç Hizmet Kanunu’na da tabidirler. Söz konusu sözleşmeli er ve erbaşlar genel anlamda 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanununa tabidirler ve sosyal güvenlik hakları da bu kanun ile 5510 Sayılı kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu çerçevede diğer kamu kurumlarında çalışan personel gibi hastalandıklarında çalışmadıkları günlere ilişkin ücretleri kesilmez, tam olarak ödenir. Nitekim, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 105 nci maddesinde ““Memura, aylık ve özlük hakları korunarak, verilecek raporda gösterilecek lüzum üzerine, kanser, verem ve akıl hastalığı gibi uzun süreli bir tedaviye ihtiyaç gösteren hastalığı hâlinde onsekiz aya kadar, diğer hastalık hâllerinde ise oniki aya kadar izin verilir.” Hükmü çerçevesinde memurların hastalanmaları halinde aylık ve özlük haklarının korunacağı belirtilmiştir. Yine asker şahıs olarak tanımlanan kamu görevlileri için de 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nun 128 inci Maddesinde “IV – Sıhhi izin süresi: Madde 128 – Subayların ve astsubayların sıhhi izin süresi aşağıdaki gibidir: a) (Değişik : 28/6/2001 - 4699/19 md.) Barışta

34 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

35 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

ve savaşta hizmet yapamayacak şekilde hastalanan subaylar ve astsubaylar, hastalıkları geçici ise veya geçici olup sekel bırakan hastalıklardan ise, hastanelerde geçen teşhis ve tedavi süreleri hariç, ay ve gün hesabı ile her bir hastalığı için toplam olarak ve fiilen iki yılı geçmemek üzere, nekahet tedavisi, istirahat ve hava değişimi işlemine tabi tutulurlar. Bu gibiler hakkında raporlar sağlık kurulunca verilir.” Hükmü ve 130 uncu Maddesinde de “Madde 130 – (Değişik: 22/1/2015 - 6586/54 md.) Aylıksız izin süreleri hariç olmak üzere, izin süreleri subay ve astsubayların hizmetlerinden sayılır.” Hükümleri bulunmaktadır. Bu hükümler çerçevesinde subay ve astsubay sınıflarında bulunan askeri personelin hastalık izinleri süresi boyunca aylıklarından herhangi bir kesinti yapılmamaktadır.

Gerek Kamu görevlilerinin hastalanmaları halinde ücretlerinin kesilmeden ödenmesine ilişkin 657 aylı Kanundaki genel düzenleme, gerekse askeri personele ilişkin 926 tarihli Kanun hükümleri çerçevesinde kamu görevlisi olan uzman er ve erbaş olarak nitelendirilen sözleşmeli er ve erbaşlara ayrı bir düzenleme yapılarak bunların hastalık hallerinin 15 günü aşan dönemleri için ücretlerinin eksik ödenmesine ilişkin düzenleme Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına açık bir aykırılık teşkil etmektedir.

Söz konusu personel gerek genel anlamda diğer kamu görevlileri ile gerekse özel anlamda diğer askeri rütbeli personel ile aynı statüde olan kişilerdir. Hal böyle iken bu kişilere yönelik hastalık halleriyle ücretlerinin birbiriyle ilişkilendirilerek sağlık kurulu raporu almaları halinde diğer kamu görevlileri için öngörülmemeyen bir haksızlığa, “eksik ücret” ödenmesi” cezası ile karşı kaşıya bırakılmaları Anayasa’nın 10 uncu maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

b) Anayasanın 49 uncu Maddesine Aykırılık

Çalışma en temel haklardan biridir. Çalışma hakkı hem evrensel insan hakları metinlerinde hem de ulusal anayasalarda düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında sosyal haklar bölümünde açıkça düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin evrensel ilke doğrultusunda diğer temel haklarda olduğu gibi çalışma hakkı da önemli sınırlamaları içermektedir. Yani, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar (ödevler) taşımaktadır.

Çalışma hakkı kavramı tek bir hakkı ifade etse de çalışma hakkı ile ilgili birçok hakkı da içinde barındırır, bu anlamda çalışma haklarından bahsetmek mümkündür. Anayasada düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı bu kapsamdadır

Anayasamızın 49 uncu maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.” Hükmü bulunmaktadır.

Anayasa’nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de

kapsadığı açıktır. Anayasa'nın 5. maddesinde, 'İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama' Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde Anayasamızda devlete çalışanlarının sağlıklarının korunması görevini de verdiği görülmektedir.

Hal böyle iken Sözleşmeli Er ve Erbaş Kanunu'nun 7 nci maddesine eklenen 13 no'lu fıkra da sözleşmeli er ve erbaşların hastalanmaları halinde bazı istisnai durumlar hariç olmak üzere bir takvim yılı içinde kullandığı hastalık izin süreleri toplamı onbeş günü aşması halinde rapor sürelerinin 15 günlük süreyi aşan günleri için aylık ücretlerinin yüzde on eksik ödeneceğine ilişkin düzenleme, öncelikle başka bir kamu otoritesi tarafından kamu görevlisinin sağlığının çalışmaya elverişli olmadığına dair verdiği bir kararın doğru, objektif ve gerçek bir rapor olmadığı varsayımına dayanarak bu raporun sonuçlarının kısıtlanması yoluna gidilmesi nedeniyle eksik ücret ödeme nedeniyle çalışma hakkını zedelemektedir. Sözleşmeli er ve erbaşların hastalanmaları halinde rapor almalarını zorlaştırmayı, bunların çalışmasını teşvik etmeyi hedefleyen bu düzenleme doğrudan ve dolaylı olarak çalışanların sağlıklarını zedeleyici bir düzenlemedir. Söz konusu sözleşmeli er ve erbaşlar tıbbi olarak hasta olmalarına rağmen aylıklarının eksik ödeneceği endişesi ile çalışmaya devam edeceklerdir. Bu durum çalışanların sağlıklarının daha da bozulmasına neden olacağı gibi; Türk Silahlı Kuvvetlerince yerine getirilen hizmetlerin verimliliğini de doğrudan etkileyecektir. Aynı şekilde söz konusu düzenleme çalışanlarına güvenmeyen, çalışanlarının ibraz ettiği hastalık raporlarının gerçeği yansıtmadığını düşünen bir anlayışla hazırlanmıştır. Sağlık kurumlarında çalışan tabiplerin verdikleri istirahat raporlarının gerçeği yansıtmadığı varsayımına dayanmaktadır. Bu sebeple bir anlamda yıl içerisinde 15 günden fazla alınan raporlar için bir ceza hükmü olarak "ücretten yüzde on oranında" eksiltme yapılmaktadır. Bu durum dolaylı bir disiplin işlemidir. Oysa kamu görevlilerine ilişkin disiplin cezaları savunma alınmadan yapılamayacağı gibi burada hastalık halinin bir suç olarak tanımlanması da Anayasanın özüne ve ruhuna aykırıdır. Çalışma hakkının korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 49. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 103 üncü maddesi ile değiştirilen 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununun 7 nci maddesine eklenen 13 No'lu Fıkra Anayasa'nın 10 uncu ve 49 uncu Maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

21. 7079 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 105. Maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin Birinci Fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

Bilindiği üzere 18.10.2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 07 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çağdaş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de örgütlenme ve toplu pazarlık ve bunun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilen grev hakkı anayasamızda çeşitli düzenlemelerle belirlenmiştir. Söz konusu alan çalışanların çalışma, örgütlenme, toplu pazarlık gibi temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgisi sebebiyle Anayasanın 51 nci, 52, 53 ve 54 ncü maddelerindeki hükümlerle düzenlenmiş olduğu gibi; Anayasamızda örgütlenme, çalışma haklarıyla ilgili diğer düzenlemeler de mevcuttur. Anayasanın 49 uncu maddesinde Devlet'in,

Çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışma hayatını geliştirmek amacıyla çalışanları korumak için gerekli önlemleri alacağı; 50 nci maddesinde de kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamayacağı ile küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları emredici biçimde düzenlenmiştir.

Anayasal kuralların ruhuna uygun olarak düzenleme yapılması yerine gündelik ihtiyaçların giderilmesini önceleyen, her alanda olduğu gibi sendika ve toplu sözleşme alanında da günü kurtarmaya yönelik özgürlükleri kısıtlayıcı bir biçimde hareket eden Hükümet tarafından 6356 sayılı Yasa'ya eklenen bu hüküm bu hakkın öznesini değıştirerek örgütlenme hakkını ve toplu pazarlık yapma hakkını kısıtlamaktadır.

Anayasanın 51. maddesi “alışanlar 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” şeklindedir.

Sendika özgürlüğü, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olarak tanımlanmıştır. Sendika hakkını sınırlama nedenleri genel sınırlama nedenlerinin yanında Anayasanın 51. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Sendika kurma hakkı Anayasamızda ayırım gözetmeksizin “alışanlar ve işverenler”e tanınmış ve güvence altına alınmıştır. Yine Anayasamızın 53 ve 54 üncü maddelerinde çalışanlara toplu sözleşme yapma hakkı ile bunun ayrılmaz bir parçası olan grev hakkı düzenlenmiştir.

Söz konusu haklara bakıldığında çalışanların örgütlenme hakkının öznesi olarak sendikalar tanımlanmıştır. Anayasamızın 51 inci maddesinde çalışanların üst kuruluşlar da kurabileceği belirtilirken 53 ve 54 üncü maddelerinde ise toplu pazarlık hakkının kullanımında bu hakkın sadece hakkın öznesi olan sendikalar aracılığıyla kullanılabileceği belirtilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki sendikaların faaliyette bulunmaları açısından her hangi bir konfederasyona üye olmak gibi bir zorunlulukları ne Anayasamızda, ne yasalarımızda ne de uluslararası sözleşmelerde vardır. Yine aynı şekilde toplu pazarlık hakkının kullanımının ön şartı olarak herhangi bir Konfederasyona üye olma şartı da bulunmamaktadır.

Anayasanın “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” başlıklı 53. maddesinde, “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” düzenlemesi yer alırken Anayasanın 54. maddesinde ise grev hakkı düzenlenmiştir. Bu hakların kullanımının tarafları olarak da sendikalar ve işverenler hakkın öznesi olarak tanımlanmışlardır.

Ancak, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 105 inci maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 2’de Kanunun 33 üncü maddesinde tanımlanan “ereve sözleşme”ye bir istisna getirilerek maddede belirtilen kamu işyerleri için konfederasyonlar ile kamu işverenleri arasında ereve sözleşme yapılabileceği, bu sözleşmede de 33 üncü maddeye aykırı olarak mali ve sosyal hakların düzenlenebileceği öngörülmüştür. Bu hükmün devamında da iptali talep edilen düzenleme ile imzalanan bu ereve sözleşmenin sendikalar açısından bağlayıcı olacağı düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemenin ilk kısmı olan kamu kesimi için ayrı bir çerçeve sözleşme modelinin benimsenmesi yasa koyucunun iradesi ile yapılabileceğini; bunun da Anayasanın 54 üncü maddesinde belirlenen hakka uygun olacağını belirtiriz. Ancak, söz konusu düzenlemenin son cümlesinde yer alan bu çerçeve sözleşmenin sendikalar açısından bağlayıcı olacağına ilişkin düzenleme; hakkın öznesi olan sendikaların sözleşme iradesini kendi rızaları olmadan Konfederasyonlara devredilmesi ve bu Konfederasyonlar tarafından imzalanmış olan çerçeve sözleşmenin sendikalar açısından bağlayıcı olmasıdır. Öncelikle “kamu toplu iş sözleşmeleri çerçeve anlaşma protokolü” niteliği itibarıyla 6356 Sayılı Kanunun 33 üncü maddesinde belirtilen “çerçeve sözleşme”den farklılaşmaktadır. Farklılık, ücret ve sosyal hakları belirleme bu konuda pazarlık yapma hakkı tanınmasındadır.

Toplu iş sözleşmesinin tanımı öğretide, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri düzenleyen bir sözleşmedir. Diğer bir ifade ile toplu iş sözleşmesinin, iş sözleşmesinin yapılmasını, içeriğini ve sona ermesini düzenleyen normatif (kural getiren) hükümlerden oluşur. Bir toplu iş sözleşmesinin olmazsa olmazı olan çalışma koşulları, iş güvencesi, ücret, sosyal ve mali hakların çerçeve sözleşme yoluyla düzenlenebilmesi engellenmiştir. Bunları içeren bir kolektif sözleşme, toplu sözleşme olarak tanımlanır. İş hukukunda toplu sözleşme yapma, üyenin üyelik başvurusu yolu ve sendikanın yetkili organının kabulü çerçevesinde oluşan sözleşme iradesinin sendikaya devredilmesiyle oluşan bir irade tarafından özgür biçimde karşılıklı olarak işveren ile imzalanan sözleşme türünü tanımlamak için kullanılmaktadır. Bunun dışındaki sözleşme türleri toplu iş sözleşmesi olarak tanımlanmazlar ve işçileri bağlamaz. Söz konusu düzenleme ile getirilen kamu toplu iş sözleşmeleri çerçeve anlaşma protokolü, bir toplu iş sözleşmesi hüviyetine kavuşturulmuş ve kamu kesiminde çalışan işçiler ve sendikalar için bağlayıcı hale getirilmiştir. Bu yolla işçinin sözleşme hürriyeti çerçevesinde irade beyanı yoluyla yetki devri yapmadığı, doğrudan üyesi olmadığı bir kuruma işçiler adına sözleşme yapma yetkisi verilmiş olmaktadır. Bu durum Anayasa’da belirlenen sendikal örgütlenme hakkına ve toplu pazarlık hakkına aykırıdır. Bu düzenleme ile Anayasanın 13.ve 53.maddesine aykırı biçimde toplu iş sözleşmesi hakkı ölçüsüz ve demokratik toplum düzenine aykırı ve hakkın özünü ortadan kaldırır biçimde sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 105 inci maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 2’nin Birinci Fıkrasının son cümlesi Anayasanın 53 üncü maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Ayrıca söz konusu düzenleme Anayasanın 90. Maddesi çerçevesinde usulüne göre imzalanmış olan ILO’nun 98 sayılı sözleşmesi başta olmak üzere Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere de aykırıdır. 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. Şöyle ki:

“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 6356 Sayılı Yasa açısından 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 etmektedir. Burada 98 Sayılı Sözleşmenin dördüncü maddesindeki ihtiyari olma özelliği yapılan düzenleme ile çelişmektedir. Hükümet ile konfederasyonlar arasında imzalanan bir protokolün yasa ile bağlayıcı hale getirilmesi 98 Sayılı ILO Sözleşmesine açık aykırılık taşımaktadır.

ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından 7079 sayılı Kanun ile 6356 Sayılı Yasaya eklenen Ek Madde 2'nin Birinci Fıkrasının son cümlesi ile sendikalar açısından kendi imzalamadıkları bir sözleşmeye uyma zorunluluğu getirilmesi, ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu için Anayasanın 90. maddesine 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 ilkesine de aykırıdır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 7079 sayılı Kanun ile 6356 Sayılı Yasaya eklenen Ek Madde 2'nin Birinci Fıkrasının son cümlesi Anayasa'nın 51 ve 53 üncü maddelerine, 90 ıncı Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

22. 079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 106. Maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7'nin Anayasa'ya aykırılığı

a) Anayasanın 51 nci, 52, 53 ve 54 ncü maddelerindeki hükümlere Aykırılık

Bilindiği üzere 18.10.2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 07 Kasım 2012 tarih ve 28460 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Çağdaş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de anayasamızda çeşitli düzenlemelerle tanımlanan örgütlenme hakkı ve toplu pazarlık ve bunun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilen grev hakkı, bu kanun ile düzenlenmiştir.

Söz konusu alan çalışanların çalışma, örgütlenme, toplu pazarlık gibi temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgisi sebebiyle Anayasanın 51 nci, 52, 53 ve 54 ncü maddelerindeki hükümlerle düzenlenmiş olduğu gibi, Anayasamızda örgütlenme, çalışma haklarıyla ilgili diğer düzenlemeler de mevcuttur. Anayasanın 49 uncu maddesinde Devlet'in, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışma hayatını geliştirmek amacıyla çalışanları korumak için gerekli önlemleri alacağı; 50 nci maddesinde de kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı ile küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları emredici biçimde düzenlenmiştir.

Anayasal kuralların ruhuna uygun olarak düzenleme yapılması yerine gündelik ihtiyaçların giderilmesini önceleyen, her alanda olduğu gibi sendika ve toplu sözleşme alanında da günü kurtarmaya yönelik özgürlükleri kısıtlayıcı bir biçimde hareket eden Hükümet tarafından 6356 sayılı Yasa'ya eklenen bu hüküm bu hakkın öznesini değiştirerek örgütlenme hakkını ve toplu pazarlık yapma hakkını kısıtlamaktadır.

Anayasanın 51. maddesi “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” şeklindedir.

Sendika özgürlüğü, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olarak tanımlanmıştır. Sendika hakkını sınırlama nedenleri genel sınırlama nedenlerinin yanında Anayasanın 51. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Sendika kurma hakkı Anayasamızda ayırım gözetmeksizin “çalışanlar ve işverenler”e tanınmış ve güvence altına alınmıştır. Yine Anayasamızın 53 ve 54 üncü maddelerinde çalışanlara toplu sözleşme yapma hakkı ile bunun ayrılmaz bir parçası olan grev hakkı düzenlenmiştir.

Bu hakların somutlanışında esas itibarıyla işçilerin işyerlerinde örgütlenme haklarının kullanabilmeleri amacıyla 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ile düzenlemeler yapılmıştır. Örgütlenme hakkının kullanılması için 6356 Sayılı Kanun ile işkolu esasına göre sendika kurulması ve işçilere bu çerçevede çalıştıkları işkolundaki sendikalara üye olabilmeye hakkı getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 6356 Sayılı Yasanın bazı maddelerinin iptali için açılan dava ile ilgili olarak verdiği 21.10.2014 tarih ve Esas Sayısı: 2013/1 Karar Sayısı: 2014/161 No’lu kararında sendikaların işkolu esasına göre kurulması ve faaliyet göstermesinde Anayasaya aykırılık bulunmadığını belirtmektedir. Yine 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu’nun 41 inci Maddesinde işletme esasında toplu iş sözleşmesi imzalanması için tek bir yetkili sendika belirlenmesinde de Anayasaya aykırılık olmadığını belirtmektedir. Yasanın işletme esası çerçevesinde toplu iş sözleşmesi imzalanmasını düzenlemesi ve bir işyerinde aynı anda birden fazla toplu sözleşme imzalanamayacağına ilişkin düzenlemesinin ana noktasını da 6356 Sayılı Yasanın 4 üncü maddesinde “işyerinde esas işin” işkolunun belirlenmesinde esas alınacağı, esas işe bağlı olan diğer işlerin ise “bağlı işler” olarak değerlendirilerek, bu bağlı işlerdeki işçilerin de esas işkolundaki sendikaya üye olabilecekleri düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa’nın 51 ve 53, 54 üncü maddelerinde belirlenen örgütlenme hakkına ve Kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 106 ıncı maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7 ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen Geçici Madde 23 ve 24 üncü madde kapsamında bu maddelerin birinci fıkralarında sayılan kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet alım yöntemiyle çalıştırılan işçilerin belirli şartları taşıması şartıyla kadroya geçirilmelerini müteakip, söz konusu işçilerin geçiş sonrasında çalıştırılacakları işyerlerinin gireceği işkolları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işçinin geçiş öncesinde çalıştığı işkolu, fiilen çalıştığı kamu işyerinden farklı olarak özel sektör tarafından yapılan işin nevi ve cinsi çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ilan edilen Nace Revize 2 koduna istinaden belirlenmişse geçiş sonrasında da kamu işyerinin girdiği işkolu farklı ise 6356 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin emredici hükmü çerçevesinde işkolu değişikliği yapılmaması için düzenlenmiştir. Bu durumu bir örnekle açmak gerekmektedir. 2017 yılında A Üniversitesi’nin açmış olduğu temizlik ihalesini alan bir firma 6356 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesi çerçevesinde A üniversitesindeki işyerini 20 Sayılı İşkolu olan “Genel İşler” işkoluna tescil ettirmek zorundadır. Bu çerçevede A Üniversitesindeki çalışan işçiler Üniversitelerin içinde yer aldığı 10 Sayılı “Ticaret, Eğitim, Büro İşkolu”nda çalışırken alt-işveren işçileri ile üniversitenin işçileri bu çerçevede aynı işyerinde çalışırken farklı işkollarına tabi olduğundan farklı sendikalara üye olmak zorunda idi. Ancak, 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen ve 7079 Sayılı Kanun olarak TBMM tarafından onaylanan KHK’nın ilgili Maddesi çerçevesinde yapılan düzenleme ile bu tür ihale kapsamındaki hizmet alım ihalesi kapsamında çalışan işçilerin Üniversitenin kadrosuna alınması düzenlenmiştir. Bu geçiş sonrası A

Üniversitesi işvereni tarafından Üniversitedeki işler esas iş olan “eğitim işi” 10 No’lu işkolunda tescil ettirildiğinden, 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu’nun 4 üncü Maddesi gereğince de bir eğitim kurumunda eğitime yardımcı işler bağlı iş sayıldığından, alt-işveren işçileri kadrolu işçiler gibi 10 No’lu işkolunda çalışmaya başlayacaklardır.

Yasa koyucu bu sürece müdahale etmiş ve alt-işveren işçilerinin geçiş öncesi girdiği işkolu, geçiş yaptığı kamu kurumunun girdiği işkolundan farklı ise Yüksek Hakem Kurulu tarafından imzalanmış olan kamu işveren sendikası ile kamu alt işvereni arasındaki en son toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitim tarihine kadar (tahmini olarak 2020 yılı Temmuz ayına kadar) belirli bir süre ile 6356 Sayılı Yasanın öngördüğü işkolu değişikliğinin yapılmamasını öngörmüştür. Bu düzenleme neticesinde kamu kurumunun işçisi olan iş akdi imzalamış olan işçiler özgür iradelerini kullanıp o işyerindeki örgütlü olan, yetkili olan sendikalara üye olma haklarını kullanamayacaklardır. O işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülmüş çalışma şartlarından, izin, sosyal ve diğer ekonomik ve sosyal haklardan yararlanamayacaklardır. Ancak, geçiş öncesi, geçiş yapılan kamu kurumunun girdiği işkolu ile aynı olan işçiler ise geçiş tarihinden itibaren geçiş yaptıkları kamu kurumunun işçileri ile aynı haklara sahip olacaklar, o kamu kurumunda örgütlenmiş olan sendikaya üye olabilecekler, o işyerinde imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinin ücret, sosyal yardımlar ve ikramiye maddesi hariç olmak üzere diğer ekonomik ve sosyal haklardan faydalanmaya başlayacaklardır. Görüldüğü üzere bu düzenleme 6356 Sayılı kanunun özüne ve ruhuna aykırı olduğu gibi Anayasa’da belirlenmiş olan örgütlenme ve toplu pazarlık hakkına da açıkça aykırı bir durum yaratmaktadır. Bu nedenle yukarıda belirlenen sebeplerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 1065 inci maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7, Anayasanın 51 ve 53 ve 54 üncü maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

b) Anayasa’nın 10 uncu Maddesine Aykırılığı

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; *“(1)Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.(2)Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(3)Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz.(4)Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”*, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: *“Anayasa’nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kuralara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”*²⁶.

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı^{36 37} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.”

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 106 ıncı maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7 ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen Geçici Madde 23 ve 24 üncü madde kapsamında bu maddelerin birinci fıkralarında sayılan kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde hizmet alım yöntemiyle çalıştırılan işçilerin belirli şartları taşıması şartıyla kadroya geçirilmelerini müteakip, söz konusu işçilerin geçiş sonrasında çalıştırılacakları işyerlerinin gireceği işkolları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre işçinin geçiş öncesinde çalıştığı işkolu, fiilen çalıştığı kamu işyerinden farklı olarak özel sektör tarafından yapılan işin nevi ve cinsi çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ilan edilen Nace Revize 2 koduna istinaden belirlenmişse geçiş sonrasında da kamu işyerinin girdiği işkolu farklı ise 6356 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin emredici hükmü çerçevesinde işkolu değişikliği yapılmaması için düzenlenmiştir. Bu durumu bir örnekle açmak gerekmektedir. 2017 yılında A Üniversitesi’nin açmış olduğu temizlik ihalesini alan bir firma 6356 Sayılı Kanunun 4 üncü maddesi çerçevesinde A üniversitesindeki işyerini 20 Sayılı İşkolu olan “Genel İşler” işkoluna tescil ettirmek zorundadır. Bu çerçevede A Üniversitesindeki çalışan işçiler Üniversitelerin içinde yer aldığı 10 Sayılı “Ticaret, Eğitim, Büro İşkolu”nda çalışırken alt-işveren işçileri ile üniversitenin işçileri bu çerçevede aynı işyerinde çalışırken farklı işkollarına tabi olduğundan farklı sendikalara üye olmak zorunda idi. Ancak, 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen ve 7079 Sayılı Kanun olarak TBMM tarafından onaylanan KHK’nın ilgili Maddesi çerçevesinde yapılan düzenleme ile bu tür ihale kapsamındaki hizmet alım ihalesi kapsamında çalışan işçilerin Üniversitenin kadrosuna alınması düzenlenmiştir. Bu geçiş sonrası A Üniversitesi işvereni tarafından Üniversitedeki işler esas iş olan “eğitim işi” 10 No’lu işkolunda tescil ettirildiğinden, 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu’nun 4 üncü Maddesi gereğince de bir eğitim kurumunda eğitime yardımcı işler bağlı iş sayıldığından, alt-işveren işçileri kadrolu işçiler gibi 10 No’lu işkolunda çalışmaya başlayacaklardır.

Yasa koyucu bu sürece müdahale etmiş ve alt-işveren işçilerinin geçiş öncesi girdiği işkolu, geçiş yaptığı kamu kurumunun girdiği işkolundan farklı ise Yüksek Hakem Kurulu

36 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

37 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

tarafından imzalanmış olan kamu işveren sendikası ile kamu alt işvereni arasındaki en son toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitim tarihine kadar (tahmini olarak 2020 yılı Temmuz ayına kadar) belirli bir süre ile 6356 Sayılı Yasanın öngördüğü işkolu değişikliğinin yapılmamasını öngörmüştür. Bu düzenleme neticesinde kamu kurumunun işçisi olan iş akdi imzalamış olan işçiler özgür iradelerini kullanıp o işyerindeki örgütlü olan, yetkili olan sendikalara üye olma haklarını kullanamayacaklardır. O işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklardır. Toplu iş sözleşmesi ile öngörülmüş çalışma şartlarından, izin, sosyal ve diğer ekonomik ve sosyal haklardan yararlanamayacaklardır. Ancak, geçiş öncesi geçiş yapılan kamu kurumunun girdiği işkolu ile aynı olan işçiler ise geçiş tarihinden itibaren geçiş yaptıkları kamu kurumunun işçileri ile aynı haklara sahip olacaklar, o kamu kurumunda örgütlenmiş olan sendikaya üye olabilecekler, o işyerinde imzalanmış olan toplu iş sözleşmesinin ücret, sosyal yardımlar ve ikramiye maddesi hariç olmak üzere diğer ekonomik ve sosyal haklardan faydalanmaya başlayacaklardır. Görüldüğü üzere bu düzenleme 6356 Sayılı kanunun özüne ve ruhuna aykırı olduğu gibi Anayasa'nın 10 uncu maddesinde belirtilen "Kanun önünde eşitlik ilkesi" ne de açıkça aykırı bir durum yaratmaktadır. Geçiş öncesi dönemde 375 Sayılı KHK'ya eklenen Geçici 23 ve 24 üncü maddeler çerçevesinde kamu kurum veya kuruluşlarınca açılmış olan hizmet alım ihaleleri çerçevesinde "aynı işlerde" çalıştırılmalarına, geçiş işlemleri neticesinde yasa gereği aynı işlerini yapmaya devam edecek olmalarına, başka deyişle statüleri ve yaptıkları işler değişmeyecek olan, Anayasa'nın 128 inci Maddesi çerçevesinde diğer kamu görevlisi olarak tanımlanacak bu kişilerden bir kısmı çalışma hayatı ile ilgili sendikal ve toplu pazarlık haklarından yararlanabilecek, ancak bazı çalışanlar ise yararlanamayacaklardır. Bu durum Anayasa'nın 10 uncu maddesinde belirlenen kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamakta ve bu nedenle iptali gerekmektedir.

c) Anayasanın 90 ıncı Maddesine aykırılık

Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma 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 antlaşmalar 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, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 105 inci maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7 ile kamu kurum ve kuruluşlarına geçişleri yapılan kamu alt-işveren işçilerinin bir kısmının sendika seçme hürriyeti kısıtlanarak iş akdi yaptıkları kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlü olan sendikalara üye olabilmelerinin engellenmesi, bu kurumlarda imzalanmış olan toplu iş sözleşmelerinden yararlanamamaları 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.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin özellikle tüm işçilerin en azından adil bir ücretle ayırım gözetmeksizin 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 tanımaları 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 düzenleme ile işçiler çalıştıkları işyerinde örgütlü sendikalara üye olamayacaklar, imzalanmış olan toplu iş sözleşmelerinden faydalanmayacaklardır. *Bu nedenle iptali istenen düzenleme 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.

6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7 ile getirilen kısıtlamalar, kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 22/1 ve 26. maddesine aykırıdır. Bu kısıtlama, 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 gerekirken, sendikal hak ve özgürlüklerini kullanabilmelerinin önüne engel konması ve ayrımcılığa tabi tutulmaları 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, 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 getirilmeden tanımıştır. Ancak kamuda yıllarca fiilen çalışan, ancak hukuken de yeni çalışacak olan kamu işçilerinin geçişlerinden sonra da sendikal haklarının kısıtlanması, imzalanmış toplu sözleşmelerden yararlanamamaları ASŞ ile çelişmektedir. 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.

4. 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 ya da konfederasyon kurma ve bunlara üye olma ve her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslararası 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.

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

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

Kurallarına amirdir.

İLO'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 Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür” düzenlemeleri bu hususu ortaya koymaktadır.

İLO'nun Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulamasına Mütteallik 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 muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu ızzar 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.

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 gerekmektedir.

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 ya da 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).

Bu bağlamda iptali istenen düzenleme sendikaya üye olmayı kısıtladığından, çalışılan işyeri veya işletmedeki bağitlanmış bir toplu iş sözleşmesinin hükümlerinden yararlanabilmeyi engellediğinden usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla bağdaşmadığından Anayasa’nın 90. maddesine aykırıdır.

Bu nedenle yukarıda belirlenen sebeplerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 106 ncı maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7, Anayasanın 51 ve 53 ve 54 üncü Maddelerine, 10 uncu Maddesine ve 90 ncı Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

23. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 109. Maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No’lu Fıkra’nın Anayasa’ya aykırılığı

Bilindiği gibi, kamu hizmetleri, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile yürütülmektedir. Anayasamızın 128. maddesine göre; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” Anayasamızın bu hükmü çerçevesinde özel kanun olarak 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ilgili kamu görevlilerinin atama ve diğer özlük hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun ”İstihdam Şekilleri” başlığını taşıyan 4. maddesinde ise; kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği hükmü yer almaktadır. Yine 657 Sayılı Kanunun yanında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 399 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname ile Kamu İktisadi Kuruluşlarında çalışan personelin atanma, işe alma, özlük hakları ve emeklilik hakları gibi düzenlemeler yapılmıştır.

Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen “hukuk devleti ilkesi” çerçevesinde söz konusu kamu görevlilerinin atama şartları ve özlük haklarının diğer kamu görevlileri gibi kanunlar yoluyla objektif biçimde önceden belirlenmiş olması gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Yasasının iptali istemi dolayısı ile verdiği kararda; hiçbir yasaya, hiçbir kurala bağlı olmadan sözleşmeli personel çalıştırılmasının hukuksal yönden olanaksız olduğuna karar vermiş, ancak sözleşmeli personelin göreve alınma, görevden çıkarılma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterildiği takdirde, bu tür sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılabileceğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 308 sayılı KHK’nin iptali için açılan davada verdiği E.1988/5, K.1988/55 sayılı Kararda aynen şöyle denilmektedir: “Atama, gerek öğretilde, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir şart işlem olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşlemin konusunu, objektif hukuk kuralları düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemleri önceden saptandığı, var olan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir.”

Ancak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 109 ncu maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No’lu Fıkra ile 23/05/2013 tarihli ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 21 inci maddesi gereğince kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT)’nin istihdam edeceği personel

hakkında yukarıda belirtilen 657 Sayılı Kanun ile 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin personel alımına ilişkin hükümleri uygulanmayacağı öngörülmektedir.

Öncelikle yukarıda da belirtildiği üzere “Anayasamızın 128 inci maddesinde düzenlenen “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” Hüküm PTT için geçerli midir, değil midir?” sorusunun cevabı konu açısından önemlidir.

PTT’nin hukuki statüsüne bakıldığında PTT’nin özetle bir Kamu İktisadi Teşekkülü olduğu görülmektedir. 17.07.1953 tarihli Resmi Gazete ‘de yayımlanarak yürürlüğe giren 6145 sayılı Kanunla kurulan, Türkiye Cumhuriyeti Posta, Telgraf ve Telefon İşletmesi, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair 4000 sayılı Kanun ile Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü şeklinde yeniden yapılandırılmış olup, 4000 sayılı Kanun ile Posta ve Telgraf Tesis ve İşletmesine ilişkin hizmetlerin T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü (P.İ) tarafından yürütüleceği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile değişikliklerinde geçen T.C. Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü (P.İ.) ibareleri 4502 sayılı Kanunla “T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü” (PTT) olarak değiştirilmiştir.

23/05/2013 tarihli ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 21 inci maddesi gereğince Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) kurulmuş ve 02/09/2013 tarihinde Ticaret Siciline kayıtlı faaliyetine başlamıştır. Aynı tarih itibarıyla T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü faaliyetlerine son vermiştir.

Aynı Kanunun 31 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ekli listenin “B - Kamu İktisadi Kuruluşları (KİK) bölümünde yer alan “Türkiye Cumhuriyeti Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü (P.İ.)” ibaresi listeden çıkarılmıştır. Diğer mevzuatta mülga T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar PTT’ye yapılmış sayılır.

05.02.2017 tarih ve 29970 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan 24.01.2017 tarih 2017/9756 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile PTT’nin sermayesinin tamamı Hazine Müsteşarlığı’ndan Varlık Fonuna devredilerek tescil ve ilan edilmiştir.

PTT, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümlerine tabidir.

Bu çerçevede PTT, 6741 Sayılı Kanun hükümlerine tabi bir kamu şirkettir.

Türkiye Varlık Fonuna devredilen kamu şirketleri hakkında ilgili Kanunun 8 inci Maddesinin 5 inci maddesinde bu fona devredilen şirketlerde çalışan personele yukarıda belirtilen kanunların hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir.

“(5) 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 6362 sayılı Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan ikincil mevzuat, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın-İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmaz. Kamu kurum ve kuruluşlarına personel alınmasına dair ilgili mevzuat hükümleri Şirket tarafından istihdam edilecek personel hakkında uygulanmaz.”

Söz konusu Kanun ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi, bu şirketlerin Sayıştay denetimine tabi olmayacakları hükmüne ilişkin olarak verdiği 2016/180 Esas ve 2018/4 Sayılı ve 18.1.2018 tarihli Kararında Türkiye Varlık Fonu’nun bir kamu kurumu olduğunu çeşitli saptamalarıyla yapmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi, bir kamu hizmeti görevini yerine getiren PTT’nin yaptığı faaliyetleri yerine getiren personelin işe alınmasına ilişkin kuralın Anayasanın 128 inci Maddesine uygun olup olmadığına ilişkin herhangi bir karar almamıştır.

Bu çerçevede 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 109 ncu maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No’lu Fıkra ile 23/05/2013 tarihli ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 21 inci maddesi gereğince kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT)’nin istihdam edeceği personel hakkında bir mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın 128 inci maddesi ile Anayasa’nın 2 nci maddelerine aykırılık taşıdığı ve bu nedenle iptali gerektiği açıklanacaktır.

a) Anayasa’nın 2 nci Maddesine Aykırılık

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; “Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamaktır.”

Hukuk devletinde devletin eylem ve işlemlerinde ayrımcılık yapılmaması esastır. Bu şekilde yurttaşların devlete karşı güven duymaları sağlanır. Bu durum aynı zamanda devletin yurttaşları arasında ayrımcılık yapamayacağı ve eşitlik ilkesine uyma zorunluluğu anlamına gelir.

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; “(1) Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.(2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(3)Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz.(4) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “Anayasa’nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurala bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez,²⁶.”

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik

herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı^{38 39} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.

Ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi genel olarak aynı ilkenin pozitif ve negatif görünüşleri olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de "eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir."⁵

Ayrımcılık, isteyerek veya istemeyerek, icrai ya da ihmali biçimde, bir hukuk sisteminde eşit durumda olduğu kabul edilen kişilere, bir hak veya yükümlülükle ilgili olarak, aralarında geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılmaması olarak tanımlanabilir. Ancak bugün bir hukuk sisteminde eşit durumda olmadığı düşünülen kişiler arasında bir hak ve yükümlülükle ilgili olarak geçerli bir neden olmaksızın eşit davranılması halinin de dolaylı olarak ayrımcılık oluşturabileceği de kabul edilmektedir. Bu nedenle sosyal hukuk devleti olmanın ön koşullarından birisi de kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranma ve yurttaşları, çalışanları açısından ayrımcı uygulamalar yapmama ilkesidir.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 109 ncu maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No'lu Fıkra ile 23/05/2013 tarihli ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 21 inci maddesi gereğince kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT)'nin istihdam edeceği personel hakkında bir mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenleme ile Posta Hizmetleri Kanunu çerçevesinde kurulan kamu şirketinde çalıştırılacak personelin alımında diğer mevzuat hükümlerinin, bir diğer deyişle 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631

38 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

39 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Yasa koyucu, hukuk devletinin objektif olması mantığının dışına çıkmış, adeta istisnai bir durum yaratmıştır. Özellikle bu şirkette çalışan personelin bir kamu hizmetini yerine getiriyor olmasına rağmen bu personeli diğer kamu personelinden ayıran; ayrımcı bir durum yaratmıştır. Bu ayırımın haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Çünkü bu personel de diğer kamu kurumlarında çalıştırılan personel gibi kamu hizmetlerini yerine getiren personeldir. Dolayısıyla bunların işe alınmalarının da önceden belirlenmiş objektif kanun ile düzenlenmesi gerekirken alımın tamamen idarenin inisiyatifine, iradesine bırakması söz konusudur. Bir hukuk devletinde devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmet ve görevleri yerine getirirken liyakat ilkesine bağlı olması gerekir. Bu da doğal olarak liyakatin belirlenmesini kanuni bir boyuta taşır. Aksi halde söz konusu personel farklı kriterler göz önünde tutularak istihdam edilebilir ki bu mantığın son noktası “belirli bir partinin üyesi olmayı” bile bir şart olarak getirilebilmesi anlamına gelir.

Söz konusu şirkete alınacak personelin işçi statüsünde olacağı açıktır. 657 Sayılı Kanunun 4(a) ve (b) statüsüne bağlı olmayan personel işçi personeldir. Dolayısıyla bu çerçevede kamu kurum ve kuruluşlarına işçi alımıyla ilgili mevzuat hükümlerine uygun alım yapılması gerekir. Nitekim Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile bu koşullar da tanımlanmıştır. Bu mevzuat hükümlerinin de geçerli olmayacağına ilişkin bir düzenleme kamu personel alımında eşitsiz bir durum yaratacağından ve bu kuruma alınacaklar için farklı kıstaslar, şartlar getirebileceğinden ayrımcılığa neden olduğundan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

b) Anayasa'nın 128 inci Maddesine Aykırılık

1982 T.C. Anayasasının 128. maddesinin 2. fıkrası; “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”, kuralını içermektedir.

Anayasanın söz konusu kuralında öngörülen kanunla düzenlenme ilkesinin kapsamı ve sınırı ne olacaktır? Düzenleme mutlak bir şekilde yorumlanıp kamu personeline ilişkin her türlü konunun detaylı bir şekilde kanunla düzenlenmesi mi gerekecektir? Yoksa bu konudaki temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi konusunda yürütme organına yetki ve inisiyatif bırakılabilecek midir?

Anayasa Mahkemesinin AnMK, 6.7.1993, E.93/5, K.93/25, RG: 25.2.1995-22213; Aynı yönde, AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283; AnMK, 27.11.1997, E. 97/37, K.97/69, RG: 15.1.1999-23584 AnMK, 7.5.2002, E.2000/17, K.2002/46, RG: 26.3.2003-25060. kararlarına bakıldığında kanunla düzenlenme ilkesinin düzenlenen konunun tüm ayrıntı ve detaylarının kanunda belirtilmesi şeklinde katı bir anlayışla değil, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesinin yürütme organına bırakılması şeklinde yumuşak bir anlayışla uygulandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesine ilişkin kararlarında Anayasanın sadece kanunla düzenlenme esasını öngören hükümlerini (personel statüsü yönünden 128/2. maddeyi) değil aynı zamanda yasama yetkisinin TBMM'ne ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngören 7. maddesini, zaman zaman da hukuk devletine ilişkin 2. maddesini esas alarak değerlendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun, personele yapılacak prim dağıtım esaslarının çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi konusunda idareye yetki veren 9/b. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararında idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını da belirleyerek dava konusu kuralı şu gerekçeyle iptal etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında birçok kez açıklandığı üzere, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır. Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağına göre doğrudan Anayasa’ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılamaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasa’da dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın yürütmeye/yönetime tanıdığı düzenleme yetkisinin yinelenen niteliği karşısında, bu sınır aşılarak yapılacak düzenlemeler Anayasa’ya aykırılık oluşturur. İncelenen maddenin (b) bendindeki ‘...prim dağıtımının esas ve usulleri ile personelin devrine ait usul ve esaslar’ ibaresindeki ‘prim dağıtımının, Anayasa’nın 128. maddesine göre yasayla düzenlenmesi gereken hususlardan olmasına karşın, yönetimin saptamasına bırakılması Anayasa’nın 7 maddesine aykırı düşer”⁴⁰.

Anayasanın 128/2. maddesinde ifade edilen kanunla düzenlenme ilkesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında ortaya konulan yorum ve değerlendirmelerden şu sonuçlara ulaşmaktayız:

Kanunla düzenleme ilkesi düzenlenen konudan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmez. Düzenlenen alanın kanun metninde kurallaştırılması gerekir. Kurallaştırma, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Kanunda temel esasların belirlenmiş olması şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı ve bağımlı bir yetki niteliğindedir. Bu nedenle yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi tanınması Anayasanın 2., 7. ve 128/2. maddelerine aykırılık oluşturur.

Ancak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 109 ncu maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No’lu Fıkra ile 23/05/2013 tarihli ve 28655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu’nun 21 inci maddesi gereğince

40 AnMK, 19.4.1988, E.87/16, K.88/8, RG: 23.8.1988-19908.

kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT)'nin istihdam edeceği personel hakkında yukarıda belirtilen mevzuatın personel alımına ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmektedir.

Anayasanın 128 inci Maddesinde “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla burada PTT'ye alınacak personelin bu kapsamda olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Bu noktada PTT'nin bir kamu hizmeti yürütücüsü olup olmadığının tespiti burada çalışan personelin durumu açısından önemlidir.

PTT'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu nettir. Kamu tüzel kişileri kamu hizmetlerini “emanet yöntemi” ile gerçekleştirmektedirler. Bu yöntemle, kamu tüzel kişisi kendi örgüt, araç, gereç, personel ve malvarlığı ile kamu hizmetini doğrudan kendisi yürütür. Bu yöntemde önemli olan nokta hizmetin kamu tüzel kişisi tarafından yürütülüyor olmasıdır. Sınai ve ticari nitelikli olarak yürütülen iktisadi kamu hizmetleri özel faaliyetlere benzemekte ancak kamu hizmeti niteliğini korumaktadır. Kamu hizmetleri konularını oluşturan faaliyetlerin devlet tekelinde olması ya da özel kesime bırakılması açısından da ayrıma tabi tutulabilir. Kamu hizmetlerinin konusu tamamen özel kesime kapatılmışsa bu tür hizmetler tekel niteliğinde olan hizmetlerdir. Bu konuda posta ve telgraf, demiryolları ile ulaşım gibi hizmetler verilebilir. Ancak kamu hizmetleri, eğitim, sağlık alanlarında olduğu gibi özel sektör eliyle de yürütülebiliyorsa bu hizmetler tekelsiz hizmet alanına girmektedir

6745 Sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde Posta hizmetlerinin tekel niteliğinde bir hizmet yürütümü olduğu belirtilmektedir. Tekel niteliğindeki hizmetlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu da nettir.

Devlet tekeli veya kamu tekeli, bir devlet kurumunun veya işletmesinin belirli bir mal ya da hizmetin tek sağlayıcısı olduğu ve rekabetin kanunen yasaklandığı bir zorlayıcı tekel türüdür. Devlet tarafından oluşturulan bir tekeldir.

Dolayısıyla PTT hizmetlerinin tabi olacağı hukukun niteliği itibariyle kamu hukuku olması, idare hukukuna tabi olması gerekir. Kamu tüzel kişisi olarak PTT'nin çalıştıracağı personel ile yapacağı “iş akdi sözleşmesi” niteliği itibariyle bir idari sözleşmedir. Devlet ile yurttaş arasında gerçekleştirilen idari sözleşmenin idare hukukunun yetki alanı dışında belirleneceğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla burada çalıştırılacak personel açısından kamu hukuku çerçevesinde oluşturulmuş kurallara tabi olmama durumu Anayasa'nın 128 inci Maddesindeki esasları belirlenmiş olan kanunilik ilkesine aykırı bir durum oluşturmaktadır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 109 ncü maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci maddesine Eklenen (7) No'lu Fıkra ile idareye verilen kanunlara ve mevzuata uymama yetkisinin kapsamı ve sınırları belli değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 128 inci maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine açık bir aykırılık söz konusudur. Bu nedenle iptali gerekir.

Sonuç olarak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul

edilmesine Dair Kanunun 109 ncu maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No’lu Fıkra, Anayasa’nın 2 nci ve 128 inci maddelerine aykırıdır. Bu nedenle söz konusu fıkranın iptali talep edilmektedir.

24. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 110. Maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 27 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

Anayasanın 7 nci maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez”; 8 inci maddesinde ise, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisi, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya her hangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez”.

“Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir”⁴¹.

“Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel işlemle yürütülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir”.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; “Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasakoyucunun takdirine bırakılmış demektir”, şeklindedir.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda

41 AnMK, 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111, RG: 24.1.1963-11316.

kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.^{42 43 44}

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.”

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin yürütmeye devrinde yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Yüce Mahkemenizin önüne gelen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 110 ncu maddesi ile değiştirilen 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 27 inci Maddesinin İkinci Fıkrası ile Posta Hizmetlerinden

42 AnMK, 18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8, RG: 26.7.1990-20586.

43 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

44 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

sorumlu şirkete, hizmet akdi imzalayacağı personele ilişkin özel yetkiler vermektedir. Söz konusu düzenleme ile işe alınacak işçi sayısının belirlenmesi, işe alınmaları, atanmaları görevlendirilmesi ile eğitim, terfi, görevde yükselme, unvan değişikliği, disiplin, izin, görevden alma, sözleşmenin yenilenip yenilenmemesi veya sona erdirilmesine ilişkin hususlar Genel Kurul kararı ve Genel Kurul tarafından yürürlüğe konulan yönetmelik ile düzenlenmesine dair oldukça geniş bir yetki tanınmıştır.

Ancak, verilen bu yetki sınırları ve kapsamı belirli bir yetki olmadığı gibi idarenin sübjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değiştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşımaktadır.

Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde PTT'nin Genel Kurulu, sözleşmeli personel için kamuda çalışan diğer personelden farklı işe alım, ücret baremleri, özlük hakları, atanma usulleri iş akdinin sona ermesine ilişkin farklı düzenlemelere tabi tutulabileceklerdir. Burada öncelikle aynı statüde olan gerek aynı kurumda gerekse diğer kamu kurumlarında çalışan personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Yine söz konusu düzenleme ile personele ilişkin iş hukuku alanında işe alımdan ücretin belirlenmesine, atama, disiplin işlemleri, iş akdinin son bulmasına ilişkin kuralların belirlenmesi gibi çalışanların mali ve idari ve sosyal haklarının Genel Kurul tarafından belirlenmesi yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini de göstermektedir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur. Anayasa'da Kanun ile düzenlemesi öngörülmüş alanlarda ise Yasa koyucu bu yetki devrini yapamaz. Bu yetki devrinin kanun ile yapılmış olması da bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Anayasanın 128 inci maddesinde Memurların ve diğer kamu görevlilerinin ücret ve özlük haklarının kanun ile düzenleneceği açık bir biçimde belirtildiği için yasa koyucunun iradesine açıkça bırakılmış olan düzenleme hususundaki yetkinin yürütme organı içerisinde bir Genel Kurul tarafından sınırsız bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayan bu değişiklik Anayasa'nın 7 nci maddesinde belirtilen yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırı aştığı için Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

25. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 116. Maddesi ile 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Bilindiği gibi, kamu hizmetleri, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile yürütülmektedir. Anayasamızın 128. maddesine göre; “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” Anayasamızın bu hükmü çerçevesinde özel kanun olarak 657 Sayılı Devlet Memurları

Kanununda ilgili kamu görevlilerinin atama ve diğer özlük hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İstihdam Şekilleri" başlığını taşıyan 4. maddesinde ise; kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği hükmü yer almaktadır. Yine 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin hükümleri ile Kamu İktisadi Kuruluşlarında çalışan personelin atanma, işe alma, özlük hakları ve emeklilik hakları gibi düzenlemeler yapılmıştır.

Kamu kurum ve kuruluşları ile 233 Sayılı KHK kapsamındaki Kamu İktisadi teşekkülleri de bu kanunlardaki hükümler doğrultusunda istihdam edilmektedirler. Hal böyle iken 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye bir ek madde eklenerek bir kamu iktisadi teşekkülü olan Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumuna yönelik istisnai bir düzenleme yapılmış ve bu kurumun yürüttüğü bazı projelerde yukarıda belirtilen ve kamu personel rejimini düzenleyen mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Bu düzenleme Anayasanın bazı hükümlerine aykırılık taşımaktadır. Aşağıda bu aykırılıklar sırasıyla ele alınmıştır.

a) Anayasanın 2. Maddesinde belirtilen Hukuk Devleti İlkesine Aykırılığı

Anayasanın 2. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; "Anayasa'nın

2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür^{45 46}. Mahkemenin bir kararında yer alan; “hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir”, şeklindeki gerekçeyle de hukuk devleti ilkesinin Anayasayı da aşan yönü vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin belirtilen genel ilkelerini incelenen konunun özelliğine göre somutlaştırmakta ve bu bağlamda çoğu zaman birbirleriyle iç içe geçmiş çeşitli alt ilkeler ortaya koyarak sonuca ulaşmaktadır. Bu ilkelerden birisi de Hukuki Güvenlik İlkesidir.

Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geçmişe yürümesini engellemesinin yanında genel olarak yürürlükteki kanunlara güvenin korunmasına da dayanak teşkil eden önemli bir ilke durumundadır. Hukuki güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında mevcut hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eder. Devletin, vatandaşların mevcut kanunlara olan güvenine saygılı davranması, bu güvenlerini boşa çıkaracak uygulamalardan kaçınması gerekir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu kadar Anayasanın 5. maddesiyle devlete yüklenen, vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama ödevinin de bir sonucudur. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu ilke devlete güvenle özdeşleştirilerek şöyle ifade edilmiştir; “Devlete güven ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasaya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir”.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için kuralların belirli ve öngörülebilir düzenlemeler içermesi gerektiğini belirterek, hukuk güvenliği ilkesini kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme için de gerekli görmüştür.

Hukuk devletinin bir ilkesi de yasama genelliği ilkesidir. Hukuk devleti ilkesinin uygulamaya geçirilmesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi; “adalet ve hakkaniyet ölçülerinin

45 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701. Benzer yönde, AnMK, 27.3.2002, .2001/343, K.2002/41, RG: 13.11.2002-24935.

46 AnMK, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, RG: 9.5.1986-19102.

göz önünde tutulması”^{47 48 49 50 51 52}; “hukuki durumlarda kararlılığın sağlanması; “kamu yararı düşüncesi olmaksızın...özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak her hangi bir yasa kuralının konulamayacağı”, gibi kıstaslara da başvurmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya herhangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez”.

“Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir”⁵³.

“Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel işlemler yürütülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir”.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; “Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasa koyucunun takdirine bırakılmış demektir”, şeklindedir.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

47 AnMK, 8.10.2003, E.2003/67, K.2003/8, RG: 28.2.2004-25387.

48 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

49 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002/2470; aynı yönde, AnMK, 8.10.2003, E.2003/31, K.2003/87, RG: 24.2.2004-25383.

50 AnMK, 29.11.1966, E. 1966/11, K. 1966/44, RG: 27.12.1967-12787.

51 AnMK, 22.6.1972, E. 1972/14, K. 1972/34, RG: 11.1.1973-14418.

52 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

53 AnMK, 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111, RG: 24.1.1963-11316.

Nitekim emniyet personelinin rütbe terfilerini düzenleyen 3201 sayılı Kanunun 55. maddesinin değiştirilmesine ilişkin 4638 sayılı Kanunla ilgili kararında Anayasa Mahkemesi; “askerlik hizmetinin rütbe kıdeminde sayılması ya da sayılmamasına ilişkin düzenleme anayasal ilkelere uygun olması koşuluyla yasama organının takdirinde olan bir husustur”, saptamasına yer verdikten sonra, kişilerin yürüttükleri kamu görevinin askerlik hizmetinin yerine getirilmesi bakımından farklı bir durum yaratmayacağı gerekçesiyle sadece polis amiri olduktan sonra yapılan askerlik hizmetinin rütbe terfiiinde sayılmasını öngören kuralı eşitliğe aykırı bularak iptal etmiştir.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir,” kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.^{54 55 56}

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.”

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin genelliğinin aksine yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların

54 AnMK, 18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8, RG: 26.7.1990-20586.

55 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

56 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 116 ncı maddesi ile değiştirilen 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresi ile Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu’na bazı projeler çerçevesinde herhangi bir kamu mevzuatı hükümlerine tabi olmaksızın sözleşmeli personel istihdamı hakkı tanınmaktadır. Ancak, bu hak idarenin sübjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değiştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşımaktadır.

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ve hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde kanuni olarak düzenlenmesi gereken bir hususun kanuna aykırı bir biçimde belirlenmesi kanuni belirlilik ilkesiyle bağdaşmaz. Olayda Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumunca yürütülen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin diğer mevzuat hükümlerine tabi olmaksızın çalıştırılmasına yönelik yetki, herhangi bir sınırlama olmadan verildiği gibi kapsamı da belirsizdir. Bu konuda diğer kanunlardaki sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerin uygulanmaması demek, bu tür personelin işe alımlarının, özlük haklarının belirlenmesinin yürütmeye bırakılması anlamına geleceği açıktır. Dolayısıyla yürütme sınırsız bir şekilde yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde MKEK, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış ücret baremleri, çalışma koşulları, izni vb. diğer özlük haklarını belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından bir işe alımdan, ücrete, sosyal haklardan, disiplin kurallarına işin sonlanmasından iş sonu tazminatı gibi haklar açısından kanuni dayanağı olmadan yürütmenin belirleyeceği kurallar çerçevesinde uygulama yapılacağından bir belirsizlik yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğer sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Yine söz konusu sözleşmeli personel için ücret baremleri, çalışma koşulları, izini vd. diğer özlük hakları gibi istihdama dayalı hakların MKEK tarafından belirlenmesi yasamanın genelliği ilkesine de aykırıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere Yasamanın genelliği ilkesi idareye istediği şekilde düzenleme yapabilmesi anlamına gelmemektedir. Yürütme organı ve bu organdaki Bakanlıklar veya Kamu Tüzel Kişilikleri, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisine sahiptir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur. Anayasa’da Kanun ile düzenlemesi öngörülmüş alanlarda ise Yasa koyucu bu yetki devrini yapamaz. Bu yetki devrinin kanun ile yapılmış olması da bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Anayasanın 128 inci Maddesinde Memurların ve diğer kamu görevlilerinin ücret ve özlük haklarının kanun ile düzenleneceği açık bir biçimde belirtildiği için yasa koyucunun iradesine açıkça bırakılmış olan düzenleme hususundaki yetkinin yürütme organı içerisinde bir Komite tarafından sınırsız bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayan bu değişikliğin Anayasa’nın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle iptali gerekir.

b) Anayasa'nın 7 nci Maddesinde Belirlenen Yasama Yetkisinin Devredilemezliği İlkesine Aykırılık

Anayasanın 7 nci maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez”; 8 inci maddesinde ise, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisi, yasama organının istediği her konuda kanun çıkarabilmesini ve çıkardığı kanunu istediği şekilde ve ayrıntıda düzenleyebilmesini anlatır. Bu ilke, yasama organının araya herhangi bir işlem girmeden bir konuda doğrudan doğruya kanun çıkarabilmesini ifade eden yasama yetkisinin asliliği ilkesiyle bütünleşen bir nitelik taşıır.

Anayasada açıkça yazmayan bu ilkeye Anayasa Mahkemesi kararlarıyla içerik ve anlam kazandırılmıştır. Bu ilkenin tek sınırını Anayasada bir konuyla ilgili olarak emredici ya da yasaklayıcı nitelikte kuralların yer alması oluşturmaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmıştır:

“Anayasada engelleyici bir hüküm bulunmaması durumunda yasa koyucunun genel düzenleme yapma yetkisine dayanarak kural koyması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması anlamına gelmez”.

“Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir”⁵⁷.

“Anayasada hangi konularda bir yasa çıkarılamayacağı hakkında sınırlayıcı bir kural yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin zorunlu gereklerine uymak koşuluyla yasama organı her alanda düzenleme yapabilir. Nitekim bir kimseye aylık bağlanması gibi öznel işleme yürütülecek türden işler için bile yasa çıkarabilmektedir”.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin temel yaklaşımı; “Anayasada herhangi bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde yasa koyucunun takdirine bırakılmış demektir”, şeklindedir.

Burada sözü edilen anayasal ilkeler eşitlik, hukuk devleti, kanunla düzenlenme gibi ilkeleri ifade etmektedir. Anayasada emredici veya yasaklayıcı hüküm bulunmayan bir konuda kanun çıkarıp çıkarmamak yasama organının takdirinde olmakla birlikte çıkarılması öngörülen bir kanunun eşitlik, kazanılmış haklara saygı gibi anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

1982 Anayasasının 8. maddesinde; “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, kuralına yer verilerek yürütme gücü (erki) için görevin yanında yetki ifadesi de kullanılmıştır.

57 AnMK, 10.12.1962, E.1962/198, K.1962/111, RG: 24.1.1963-11316.

Bu farklılığın yürütmenin düzenleme yetkisi bakımından ortaya çıkardığı durum bir Anayasa Mahkemesi kararında şu şekilde belirtilmiştir; “1982 Anayasasına göre yetki ve görev olarak nitelenen yürütme, düzenleme yetkisi bakımından ele alındığında da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. 1982 Anayasasının, 8. maddesinde yürütme sadece görev olmaktan öteye bir yetki olma gücüne de kavuşturulmuştur. Sözü edilen maddeye ilişkin gerekçede “...yürütme yasamaya tabi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinde eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkartılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir” denilerek, idarenin gerekli bazı yetkilere sahip kılındığı vurgulanmıştır.^{58 59 60}

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasanın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mali yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir.”

Söz konusu kararlardan çıkan sonuca göre, yasama yetkisinin yürütmeye devrinde yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı (türevsel) bir nitelik taşımaktadır. Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 116 ncı maddesi ile değiştirilen 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresi ile Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu’na bazı projeler çerçevesinde herhangi bir kamu mevzuatı hükümlerine tabi olmaksızın sözleşmeli personel istihdamı hakkı tanınmaktadır. Ancak, bu hak idarenin subjektif karar almasına neden olabilecek tarzda belirsiz, her zaman değiştirilme olasılığı olan ve yasama yetkisinin devrinin sınırlarını aşan bir nitelik taşımaktadır.

58 AnMK, 18.5.1990, E.1989/9, K.1990/8, RG: 26.7.1990-20586.

59 AnMK, 4.12.1996, E.1996/52, K.1996/45, RG: 4.4.2003-25069.

60 AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283.

Olayda Savunma Sanayii Müsteşarlığınca yürütülen projelerde görev yapmak üzere istihdam edilecek sözleşmeli personelin haklarını belirleme yetkisi MKEK'ye bırakıldığı gibi bu hakların nasıl sınırlandırılacağına saptanmasında da MKEK yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde MKEK, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış haklara ve üst sınırlarına tabi olmaksızın istihdam koşullarını belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından bir ücret belirsizliği yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğer sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Yine söz konusu sözleşmeli personelin çeşitli özlük haklarının MKEK tarafından belirlenmesi yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırın aşıldığını ve yürütmenin yasamanın yetki alanına müdahale ettiğini de göstermektedir.

Yürütme organı (ya da idare), Anayasada öngörülmüş durumlar dışında kanunların düzenlemediği bir alanda kendiliğinden kural koyamaz. Bir kanunla yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasaya aykırılık oluşturur. Anayasa'da Kanun ile düzenlemesi öngörülmüş alanlarda ise Yasa koyucu bu yetki devrini yapamaz. Bu yetki devrinin kanun ile yapılmış olması da bu düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Anayasanın 128 inci Maddesinde Memurların ve diğer kamu görevlilerinin ücret ve özlük haklarının kanun ile düzenleneceği açık bir biçimde belirtildiği için yasa koyucunun iradesine açıkça bırakılmış olan düzenleme hususundaki yetkinin yürütme organı içerisinde bir Kurum tarafından sınırsız bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayan bu değişikliğin Anayasa'nın 7 nci Maddesinde belirtilen yasama yetkisinin devrine ilişkin sınırı aştığı için Anayasanın 7 nci Maddesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasanın 10 uncu Maddesinde belirtilen Kanun Önünde Eşitlik İlkesine Aykırılık

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddesi; “(1) Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.(2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.(3)Hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınmaz.(4) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır”, hükmünü taşımaktadır.

Eşitlik ilkesinin anlam ve kapsamı Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarıyla ortaya konulmuştur. Mahkemenin söz konusu ilkeyle ilgili olarak temel değerlendirmesi şu şekildedir: “Anayasa'nın 10. maddesine göre Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasının ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesidir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kuralara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez,²⁶.

Mahkemenin eşitlik konusunda statü ve durumlardaki farklılığın yanı sıra haklı neden ölçütüne de yer veren bir başka kararında şu değerlendirme yapılmıştır: “Yasa önünde eşitlik

herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı^{61 62} anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır²⁷.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 116 ncı maddesi ile değiştirilen 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresi ile Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu’na bazı projeler çerçevesinde herhangi bir kamu mevzuatı hükümlerine tabi olmaksızın sözleşmeli personel istihdamı hakkı tanınmaktadır.

Olayda Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu hiçbir mevzuata tabi olmadan sözleşmeli personel çalıştırma hususunda yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde MKEK, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış haklar ve sınırlamalara tabi olmaksızın bu personelin özlük haklarını belirleme hakkı kazanmıştır. Burada öncelikle bu personel açısından özlük haklarıyla ilgili bir belirsizlik yaratıldığı gibi aynı statüde olan diğer sözleşmeli personel ile farklılıklar yaratılarak hukuk devletinde olmaması gereken ayrımcı bir idari tasarruf hayata geçirilmiştir.

Öncelikle Kanun önünde eşitlik ilkesinin zedelenip zedelenmediğine ilişkin 7079 Sayılı Kanunun 116 ncı Maddesi ile istihdam edilecek sözleşmeli personel ile diğer personel arasında bir statü farklılığı olup olmadığının tespiti ile böyle bir durum yoksa özel bir amaç için farklı bir uygulama için haklı bir neden olup olmadığının tespiti “Kanun önünde eşitlik İlkesinin zedelenip zedelenmediğini anlamamıza yardımcı olacaktır.

İlk olarak her iki tip sözleşmeli personel istihdamı da kaynağını Anayasanın 128 inci maddesinden almaktadır. Bunların statüleri de işçi olmayan diğer personel olarak tanımlanmıştır. Söz konusu sözleşmeli personellerin emeklilik hakları açısından 5510 Sayılı Yasanın 4 (a) veya 4 (c) ye tabi olmaları bunların kanuni olarak statülerinin farklı olduğu anlamına gelmemektedir. Genel anlamda Anayasa’nın 128 inci maddesinde belirtilen “diğer kamu görevlileri” kavramının karşıladığı “Sözleşmeli personel statüsüne sahiptirler. Dolayısıyla özlük hakları ve statüleri bakımından aynı hükümlere tabi olmaları gereken personeldir.

61 AnMK, 11.7.1991, E.1990/39, K.1991/21, RG: 25.5.1992-21236.

62 AnMK, 12.5.2004, E.2003/106, K.2004/59, RG: 3.11.2004-25632. Eşitlik ilkesi konusunda aynı ya da benzer yönde yorumlar içeren kararlardan bazıları da şunlardır: AnMK, 15.7.2002, E.2001/380, K.2002/69, RG: 28.12.2002-24977; AnMK, 26.6.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 9.11.2002-24931; AnMK, 2.11.2000, E.2000/10, K.2000/47, RG: 18.9.2002-24880; AnMK, 20.3.2002, E.2000/39, K.2002/35, RG: 1.6.2002-24772.

İkinci olarak “Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu tarafından özel olarak istihdam edilecek personelin haklı bir istihdam gerekçesi bulunmakta mıdır?” sorusunun cevabı için istihdam gerekçelerine bakmak gerekir. 7079 Sayılı Kanunun 116. maddesinde bu tür personelin istihdam gerekçesi olarak “Özel bilgi ve ihtisas gerektiren işler” tanımlaması yapılmıştır. Diğer sözleşmeli personele bakıldığında ise 657 Sayılı Kanunun 4 (B) fıkrasında birinci bendinde Sözleşmeli personel istihdamının gerekleri belirtilmiştir:

“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, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.”

Görüldüğü gibi hizmet gereklilikleri açısından her iki sözleşmeli personel açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu gibi ülke savunması ile ilgili bir durum haklı bir gerekçe oluşturabildiğini de söylemek mümkün değildir. Çünkü, hâlihazırda Gerek İçişleri Bakanlığı, gerek Milli Savunma Bakanlığı 4 (B) statüsünde personel istihdam etmektedir ve bu personel de devlet açısından oldukça önemli ve stratejik işler yapmaktadır. Dolayısıyla Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu bünyesinde çalıştırılacak olan sözleşmeli personele ayrı bir özlük hakları sistemi, ayrı bir personel rejimi uygulanması Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle iptali gerekir.

d) Anayasa’nın 128 inci Maddesine Aykırılık

1982 T.C. Anayasasının 128. maddesinin 2. fıkrası; “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”, kuralını içermektedir.

Anayasanın söz konusu kuralında öngörülen kanunla düzenlenme ilkesinin kapsamı ve sınırı ne olacaktır? Düzenleme mutlak bir şekilde yorumlanıp kamu personeline ilişkin her türlü konunun detaylı bir şekilde kanunla düzenlenmesi mi gerekecektir? Yoksa bu konudaki temel ve belirleyici noktaların kanunla düzenlenmesi yeterli görülüp ayrıntıya ilişkin hususların düzenlenmesi konusunda yürütme organına yetki ve inisiyatif bırakılabilecek midir?

Anayasa Mahkemesinin AnMK, 6.7.1993, E.93/5, K.93/25, RG: 25.2.1995-22213; Aynı yönde, AnMK, 11.6.2003, E.2001/346, K.2003/63, RG: 8.11.2003-25283; AnMK, 27.11.1997, E. 97/37, K.97/69, RG: 15.1.1999-23584 AnMK, 7.5.2002, E.2000/17, K.2002/46, RG: 26.3.2003-25060. kararlarına bakıldığında kanunla düzenlenme ilkesinin düzenlenen konunun tüm ayrıntı ve detaylarının kanunda belirtilmesi şeklinde katı bir anlayışla değil; temel ilkelerin, ölçü ve sınırların kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesinin yürütme organına bırakılması şeklinde yumuşak bir anlayışla uygulandığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kanunilik ilkesine ilişkin kararlarında Anayasanın sadece kanunla düzenlenme esasını öngören hükümlerini (personel statüsü yönünden 128/2. maddeyi) değil aynı zamanda yasama yetkisinin TBMM’ne ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngören 7. maddesini, zaman zaman da hukuk devletine ilişkin 2. maddesini esas alarak değerlendirme yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı Temel Sağlık Hizmetleri Kanununun, personele yapılacak prim dağıtım esaslarının çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi konusunda idareye yetki veren 9/b. maddesiyle ilgili olarak verdiği kararında idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını da belirleyerek dava konusu kuralı şu gerekçeyle iptal etmiştir: “Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında birçok kez açıklandığı üzere, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır. Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağına göre doğrudan Anayasa’ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılamaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasa’da dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın yürütmeye/yönetime tanıdığı düzenleme yetkisinin yinelenen niteliği karşısında, bu sınır aşılarak yapılacak düzenlemeler Anayasa’ya aykırılık oluşturur. İncelenen maddenin (b) bendindeki ‘...prim dağıtımının esas ve usulleri ile personelin devrine ait usul ve esaslar’ ibaresindeki ‘prim dağıtımının, Anayasa’nın 128. maddesine göre yasayla düzenlenmesi gereken hususlardan olmasına karşın, yönetimin saptamasına bırakılması Anayasa’nın 7 maddesine aykırı düşer”⁶³.

Anayasanın 128/2. maddesinde ifade edilen kanunla düzenlenme ilkesine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında ortaya konulan yorum ve değerlendirmelerden şu sonuçlara ulaşmaktayız:

Kanunla düzenleme ilkesi düzenlenen konudan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmez. Düzenlenen alanın kanun metninde kurallaştırılması gerekir. Kurallaştırma, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Kanunda temel esasların belirlenmiş olması şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı ve bağımlı bir yetki niteliğindedir. Bu nedenle yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi tanınması Anayasanın 2., 7. ve 128/2. maddelerine aykırılık oluşturur.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 116 ncı maddesi ile değiştirilen 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresi ile Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu’na bazı projeler çerçevesinde herhangi bir kamu mevzuatı hükümlerine tabi olmaksızın sözleşmeli personel istihdamı hakkı tanınmaktadır.

Dolayısıyla bu yetki çerçevesinde MKEK, 657 Sayılı Yasanın 4 (B) kapsamındaki diğer sözleşmeli personel için kanun ile tanımlanmış hakları uygulamama hakkı kazanmıştır. Bu yetkinin kapsamı ve sınırları belli değildir. Dolayısıyla Anayasa’nın 128 inci Maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine açık bir aykırılık söz konusudur. Bu nedenle iptali gerekir.

Sonuç olarak 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 116 ncı maddesi ile değiştirilen 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresi, Anayasa’nın 2 nci, 7 nci, 10 uncu ve 128 inci maddelerine aykırıdır. Bu nedenle söz konusu cümlelerin iptali talep edilmektedir.

26. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 117. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 21’in Anayasa’ya aykırılığı

Klasik idare hukuku yaklaşımında, idarenin kusura dayanan sorumluluğu yürüttüğü hizmetin kuruluş ya da işleyişindeki bozukluk ya da aksaklığı ifade eden hizmet kusuru kavramı çerçevesinde değerlendirilmekte olup hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık olması durumunda idarenin sorumluluğuna yol açan, idare hukukuna özgü nesnel ve anonim nitelikli bir kuraldır. Bunun yanında kamu görevlilerinin kişisel kusur sorumluluğu da bulunmaktadır. Nitekim Anayasa’mızın 40 ıncı maddesinde bu husus ““Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” hükmüyle açıklığa kavuşturulmuştur.

Yine, Anayasanın 129. maddesine göre kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara uygun hareket etmek zorundadırlar. Bu çerçevede bir kanunda belirlenen yükümlülüğe aykırı davranan kamu görevlisi kendi kusuru çerçevesinde Anayasaya aykırı olan bu idari işleminden dolayı yine Anayasamızın 129. maddesine göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak ancak idare aleyhine açılabilir.” denilerek kamu görevlilerinin idarenin sorumluluğunda olan yaptıkları işlemlerde kişisel kusurlu olmaları halinde ortaya çıkan kamu zararını ödemekle yükümlü tutulmuşlardır.

Yine Anayasa’nın 137. maddesinde de “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin Yönetmelik, Tüzük, Kanun ve Anayasaya aykırı emirleri yerine getirmeyerek bu aykırılığı emri verene bildireceği; “üst”ün emirde ısrar ile bu emri yazılı ile yenilemesi durumunda, emrin yerine getirileceği, bu takdirde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı; konusu suç olan emrin ise, hiç bir surette yerine getirilemeyeceği ve emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere; Kamu personelinin Kanuna ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden şahsen sorumlu tutulacağı ilkesinin kabul edildiği çok açıktır.

İdarenin eylem ve işlemlerinden dolayı ortaya çıkan zararın tazminin devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödenmesi gerektiği de Anayasamızın ve hukukun genel ilkeleri tarafından belirlenmiştir. Bu çerçevede idarenin haksız veya kusurlu eylemi nedeniyle ortaya çıkan zararın kamu kaynakları kullanılarak ödenmesinden sonra ortaya çıkan kamu zararından kimin sorumlu tutulacağı önemlidir.

Kamu zararı kavramı 5018 Sayılı Kanun ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü Maddesinin (c) fıkrasında tanımlanmıştır. Buna

göre; “c) Kamu zararı: Mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıyla doğan zararı,” ifade eder.

Anayasamız, 160. Maddesinde Sayıştay’a bu kusurun tespitini ve gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü getirerek bu tür bir kamu zararının tanımlanması ve gerekli işlemleri yapma sorumluluğunda olan görevli olan makamı da tanımlamıştır.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 117 nci maddesi ile değiştirilen 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 21 ile getirilen düzenleme ile “Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen işçilere 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesi uyarınca yapılan ödemeler, rücu edilmez.” hükmü getirilmiştir.

4857 sayılı Kanunun 21’inci maddesinde, mahkemenin veya özel hakemin iş akdinin geçersiz sebeple feshedildiğine karar vermesi halinde, işçiye ödenecek tazminat ve ücret ile diğer hakların belirlenmesine ilişkin esaslar düzenlenmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, işçiler tarafından 4857 sayılı Kanunun 20’inci maddesi uyarınca açılan işe iade davalarında mahkemece veya özel hakem tarafından feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işverenin, işçiye bir ay içinde işe başlatması zorunlu tutulmakta, işçiye başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işveren, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü tutulmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrası, “mahkeme veya özel hakemin, feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde, işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminat miktarını da belirlemesi” kuralını içermekte, üçüncü fıkrasında ise “kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceği” hüküm altına alınmaktadır.

Dördüncü fıkrada ise mahkemelerin veya özel hakemin, işçiye işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat ile dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının, “dava tarihindeki ücreti esas alarak parasal olarak belirlemesi” hükmü getirilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinin 7036 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonraki altıncı fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 10 iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak, aynı maddenin birinci fıkrasına göre de işveren işe iade için başvuran işçiye bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az dört, en çok sekiz aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakların işçiye ödenmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere işçinin iş akdinin geçerli bir neden olmadan sonlandırılması halinde ödenecek ücret ve tazminatlar belirlenmiş ve bunların hangi tarihten itibaren doğacağı ve bu çerçevede ödenecek faizler de belirlenmiştir.

Söz konusu yasal düzenleme ile kamu idareleri kamu kurumunda çalışan bir işçinin iş akdini “geçerli bir neden olmadan” feshettiği takdirde bu ücret, faiz ve tazminat miktarları ilgiliye ödenmektedir. Mevcut hukukumuzda göre yapılan bu ödemeler, bu işlemleri yapan kamu görevlisinden “ortaya çıkan kamu zararı” nedeniyle rücu edilmektedir.

Bu husus 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetim Yasasının 71. maddesi ile Sayıştay Kanunu'nun 7. maddesinde de açık bir biçimde düzenlenmiş ve kusur nedeniyle ortaya çıkan kamu zararının bundan sorumlu olan kamu görevlisinden tahsil edileceği belirtilmiştir. Özellikle bu durumun bir kamu zararı olup olmadığı da yine 5018 Sayılı Yasanın 71. maddesinde kaynağını bulan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6 ncı Maddesinin (g) fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre; “g) Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi,” olarak tarif edilmiştir.

Görüldüğü üzere İş Kanunu'nun 21 inci maddesi çerçevesinde idare tarafından ilgili işçiye ödenen boşta geçen sürelerle ilişkin ücret, tazminat ve faiz ödemeleri bir kamu zararı olarak tanımlanmakta ve ilgili kamu görevlisinden rücu edilmektedir.

7079 Sayılı Yasanın 117 nci maddesi ile getirilen düzenleme ile bu tür hallerde kamuda çalışan işçilerin iş akdinin feshi halinde bu feshin geçersiz nedenle feshinin tespiti halinde idarece ödenecek boşta geçen sürelerin ücretleri, tazminatlar ve faiz ödemeleri için ilgili kamu görevlisine rücu edilmeyeceği düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenleme kamu görevlisinin kusur sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulacağını belirleyen Anayasa'nın 129/5 inci fıkrasına açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü kamu görevlileri görevlerini yerine getirirken kanun ve mevzuata uygun hareket etmek zorundadırlar. İşçinin iş akdinin feshine ilişkin verdikleri kararlar ve bu çerçevede yapılan idari işlemler de bu kanun ve mevzuata uygun olmak zorundadır. Mevzuata aykırı olarak yapılacak işlemler idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle kusursuz sorumluluğun tanımlandığı bir hizmet kusuru olamaz. Bu açık bir biçimde idarecinin kendi kişisel sübjektif kararına dayalı olarak ortaya çıkan kusuru olarak tanımlanır ve kusur sorumluluğu çerçevesinde de bu işlemlerden dolayı ortaya çıkan kamu zararından sorumlu olmalıdır. Bu nedenle söz konusu kanuni düzenleme açık olarak Anayasa'nın 129 uncu Maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Ayrıca 7079 Sayılı Kanunun 117 nci Maddesi ile 375 Sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 21, kamu görevlisine kusur sorumsuzluğu getirmesi nedeniyle Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirlenen hukuk devleti ilkesine de aykırılık taşımaktadır.

Anayasanın 2. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir, hükmünü içermektedir.

Hukuk devleti ilkesi, Anayasadaki düzenlemesi itibariyle kısa bir ifade olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında en fazla atıf yapılan ve uygulama alanı bulan kurallar arasında yer almaktadır. İlk bakışta soyut bir ilke gibi görünen hukuk devleti ilkesi Anayasa Mahkemesinin kırk yılı aşan içtihatlarıyla içerik kazanmış, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin üstün kamu gücü karşısında korunmasında önemli bir dayanak oluşturmuştur. Hukuk devleti ilkesinin uygulamasına bakıldığında bunun tek bir unsurdan oluşmadığı, insanların geleceğe güvenle bakabilmelerinin, her yönüyle huzurlu ve mutlu bir hayat sürebilmelerinin hemen tüm gereklerini içine alan torba bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Bu haliyle hukuk devleti ilkesi içeriği sınırlı olmayan, insan haklarıyla ilgili olarak ulusal ve uluslararası alanda ortaya çıkacak yeni anlayış ve uygulamalara da açık olan bir ilke durumundadır.

Hukuk devleti ilkesinin genel olarak anlam ve içeriği ile bir hukuk devletinin temel amaç ve işlevleri Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde belirtilmiştir; “Anayasa’nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”^{64 65}.

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden birisi de objektiflik ilkesidir. Objektiflik kavramı, kanunların ve idarenin karar ve işlemlerinin objektif olması gerekliliğini gösterir. Kanunların uygulayıcısı olan ve bu çerçevede devlet gücünü kullanma yetkisi verilen kamu idarecilerinin görevlerini objektif olarak yerine getirmemeleri, bir diğer deyişle subjektif karar alma yoluyla idari işlem tesis etmeleri, hukuk devletini zedeler. 7079 Sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin iptal edilmemesi halinde bir idareci emrinde çalışan bir memuru ya da bir işçiyi kişisel olarak sevmemesi veya siyasi görüşünü tasvip etmemesi veya üyesi olduğu sendikayı beğenmemesi nedeniyle işten çıkarırsa bu işlemi ve eylemi nedeniyle herhangi bir yaptırım ile cezalandırılmaz ise bu durumda kusur sorumsuzluğu ortaya çıkacaktır. Bütün idareciler, uygulamakla yükümlü oldukları kanun ve mevzuat hükümleri yerine kişisel görüşlerini, yaklaşımlarını hayata geçireceklerdir. Bu da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle hukuk güvenliği zedelendiği gibi devlet gücünün hukuka veya kanuna dayanmayan bir biçimde kullanılması söz konusu olacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa’nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda sayılan nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 117 nci maddesi ile değiştirilen 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 21, Anayasa’nın 129 uncu ve 2 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali talep edilmektedir.

27. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin ve birinci Fıkrasının (b) bendinin, birinci fıkrasının (c) bendinin, birinci fıkrasının (ç) bendinin, beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, altıncı fıkrasının; 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin, birinci Fıkrasının (b) bendinin, birinci Fıkrasının (c) bendinin, birinci Fıkrasının (ç) bendinin, birinci Fıkrasının Dördüncü Cümlesinin, Dördüncü Fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

A) 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi

64 AnMK, 27.2.2001, E.1999/43, K.2001/46, RG: 20.3.2002-24701. Benzer yönde, AnMK, 27.3.2002, .2001/343, K.2002/41, RG: 13.11.2002-24935.

65 AnMK, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, RG: 9.5.1986-19102.

ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yer alan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ile uzun yıllar boyunca çalışma yaşamının kanayan bir yarası olan kamu işyerlerinde çalıştırılan alt-işveren işçilerinin kamu kurumlarının işçi kadrolarına geçirilmeleri düzenlenmiştir.

Özellikle 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 62 nci Maddesi çerçevesinde söz konusu yasal düzenlemenin yapıldığı tarihten itibaren hizmet alımı ihalesi yöntemiyle işçi çalıştırılmasına yönelik kısıtlama yapılmış, aynı zamanda da halen çalışmakta olan kamu alt-işverenleri bünyesinde çalıştırılanlar için düzenleme yapılmıştır.

Alt-İşveren kavramı 3008 Sayılı İş Kanunu ile birlikte mevzuatımıza girmiş ve o günden bu güne kadar varlığını koruyan bir kavramdır. Ancak, 2003 yılında çıkarılan 4857 Sayılı İş Kanunu’nda özellikle özel sektördeki taşeronlaşmayı bir nebze olsun dizginleyebilecek olup; 2. madde yapılan değişiklikle TBMM Genel Kurulunda önergelerle yeniden düzenlenmiştir.

4857 sayılı iş Kanunu’nun ikinci maddesinin taşeron çalışma ile ilgili bölümü şu şekildedir.

“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.

Asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz veya daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulamaz. Aksi halde ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilerek alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler. İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler dışında asıl iş bölünerek alt işverenlere verilemez.’

Bu düzenleme ile ilk kez iş mevzuatında “alt işveren” kavramına yer verilmiştir. Bundan sonra 2006 yılında çıkarılan 5538 Sayılı Yasa ile bu madde’de yeniden düzenleme yapılmıştır.

5538 sayılı kanun ile getirilen düzenleme

MADDE 18- a) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşları ile bunların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklarda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya diğer kanun hükümleri çerçevesinde,

hizmet alımı amacıyla yapılan sözleşmeler gereğince, yüklenici aracılığıyla çalıştırılanlar, bu şekilde çalışmış olmalarına dayanarak;

a) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait kadro veya pozisyonlara atanmaya,

b) Bu kurum, kuruluş ve ortaklıklara ait işyerlerinin kadro veya pozisyonlarında çalışanlar için toplu iş sözleşmesi, personel kanunları veya ilgili diğer mevzuat hükümlerine göre belirlenen her türlü malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanmaya,

hak kazanamazlar.

Sekizinci fıkra da belirtilen işyerlerinde yükleniciler dışında kalan işverenler tarafından çalıştırılanlar ile bu işyerlerinin tâbi oldukları ihale mevzuatı çerçevesinde kendi nam ve hesabına sözleşme yaparak üstlendiği ihale konusu işte doğrudan kendileri çalışanlar da aynı hükümlere tâbidir. Sekizinci fıkra da belirtilen kurum, kuruluş veya ortaklıkların sermayesine katıldıkları ortaklıkların kadro veya pozisyonlarında çalışan işçilerin, ortak durumundaki kamu kurum, kuruluş veya ortaklıkların kadro veya pozisyonlarına atanma ya da bu kurum, kuruluş veya ortaklıklarda geçerli olan malî haklar ile sosyal yardımlardan yararlanma talepleri hakkında da sekizinci fıkra hükümleri uygulanır. Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz.”

4857 sayılı Yasa’da, taşeronlaşma konusunda yapılmış olan düzenlemeler beklenen sonuçları verememiş; işçilerin, iş sözleşmelerinin feshinin ardından, uzun yargı süreçleriyle karşı karşıya kalmalarının önüne geçilememiştir.

Bu süreçte, Tuzla tersanelerinde yaşananlar, alt işverenlik kurumunun istismarıyla, sadece işçilerin ekonomik haklarının değil, yaşam hakkının dahi tehdit edilebileceğini göstermiştir.

Ne var ki, önce 5763 sayılı Yasa, ardından da “Alt İşverenlik Yönetmeliği” ile soruna radikal bir şekilde yaklaşılarak yeni düzenlemeler getirilmiştir.

2008 yılında çıkarılan 5763 sayılı Kanun’un 1’inci maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun “İş Yerini Bildirme” ile ilgili 3’üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenerek maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Maddeye eklenen yeni hüküm aşağıdaki gibidir.

5763 sayılı iş kanununda değişiklik yapan kanun

• “Bu Kanun’un 2’inci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge Müdürlüğü’nce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme

sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespiti ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.”

“Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

(Yürürlük Tarihi : 26.05.2008)

Görüldüğü üzere 5538 sayılı Yasayla, hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde, eşitlik ilkesiyle de bağdaşmayacak bir şekilde Kamu Kurumlarına ayrıcalık sağlanmak istenmesi şüphesiz ki kabul edilebilir değildir.

İş mevzuatında yapılan bu düzenlemelerin yanı sıra bir dizi mevzuatta da özellikle kamu hizmetlerinde taşeron çalıştırmayı kolaylaştıran, hatta öncelikli istihdam modeli haline getiren bir dizi düzenleme de yapılmıştır. Bunlardan ilki 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’dur. Bir diğeri 5393 Sayılı Belediye Kanunu’dur. Üçüncü düzenleme 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nda yapılmıştır. Ayrıca Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’da yapılan düzenlemelerle de taşeron sistemi adeta kamunun asli istihdam biçimine döndürülmüştür. Bu sistemin ortaya çıkardığı sonuç ve sorunlar ise giderek büyümüştür.

Son olarak 2014 yılında yürürlüğe giren 6552 Sayılı Yasa ile kamu çalışan alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalıştıkları döneme ilişkin izin hakları ve kıdem tazminatları hakları hususunda kamu kurumları sorumlu tutulmuştur. Sonuç olarak;

1. Kamuda sayısı yaklaşık 800,000’i bulan bir işçi kitlesi yaratılmıştır. Özel sektördeki taşeronlaşma ile bu rakamın yaklaşık 1.5 milyon olduğu tahmin edilmektedir. Türkiye artık işverenler açısından bir taşeron cennetine dönüşmüştür.

2. Kamu kesiminde taşeron işçilerin aldıkları ücret asgari ücret düzeyindedir.

3. Kamuda daimi kadrolarda çalışan işçilerin yaptıkları işler taşeronla yaptırılmaktadır.

4. İzin hakları, kıdem tazminatı hakları bulunmamaktadır. 2014 yılında yürürlüğe giren 6552 Sayılı Yasa ile kamu çalışan alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalıştıkları döneme ilişkin izin hakları ve kıdem tazminatları hakları hususunda kamu kurumları sorumlu tutularak bir anlamda muvazaalı çalıştırma kamu açısından kabul edilmiştir.

5. Çoğu zaman ücretlerini dahi alamamaktadırlar.

6. İş sağlığı ve güvenliği önlemleri uygulanmamaktadır.

7. Artık alt-işveren konusu genel anlamda işgücü maliyetlerini düşürmek için muvazaalı bir çalışma biçimine dönüştürülmüştür.

Muvazaa durumunun getirdiği sonuç ise Türkiye’de taşeron çalışmayı farklı bir boyuta taşımıştır. 5538 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeye rağmen Yargıtay kamu kurumlarında çalışan işçilerin açmış olduğu muvazaa tespit davalarında bu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduklarına hükmetmiş, bu konuda da ilke kararı almıştır.

Özellikle karayollarında çalışan taşeron işçiler için yaklaşık 8500 dava açılmış, büyük bir kısmı kesin olarak sonuçlanmıştır. Aynı şekilde, üniversitelerde ve sağlık kurumlarında da açılan davalarda da Yargıtay bu işçilerin baştan itibaren kamu işçisi olduğuna hükmetmiştir. Maliye Bakanlığı bugüne kadar yargı kararlarını yerine getirmemiş, dava açan işçilere yönelik işlem yapmayı reddetmiştir. Bu işçilerin büyük bir çoğunluğu sendikalara da üye olduğu için geçmişe yönelik ücret, ilave tediye, izin, kıdem tazminatı ve toplu iş sözleşmesi ile elde edilen ikramiye, sosyal yardımlara hak kazanmıştır. Ortada oldukça yüklü bir kamu zararı bulunmaktadır.

Bu gelişmeler, özellikle kamuda çalışan taşeron işçilerin dernek çatısı altında örgütlenerek yerel düzeyde lobi faaliyetlerini yoğunlaştırmaları ve kamuoyundan gelen baskılar nedeniyle büyük bir toplumsal sorun haline gelen kamuda taşeron çalıştırmanın sonlandırılmasına yönelik bir kanı oluşmuştur. Yürütme organı 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu sorunu çözmeye yönelik bir düzenleme yapmış ancak bu düzenlemede kendi içinde hukuka ve anayasaya aykırı olduğu düşünülen sonuçlar yaratmıştır. Söz konusu 696 Sayılı KHK, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanun ile kanun haline gelmiştir.

7079 Sayılı Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ile kamu taşeron işçilerinin kadroya geçirilişi düzenlenmiştir. Öncelikle kadroya geçirme sürecinin kapsamı, geçirileceklerde aranacak şartlar, geçiş şartları, usulleri ve geçiş sonrası söz konusu işçilerin mali, ekonomik ve özlük haklarına ilişkin genel mevzuat hükümlerinden farklı düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Yasa koyucu kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin kamu personel rejimi çerçevesinde işe alımda, özlük haklarının belirlenmesinde farklı şartlar ve haklar belirleme hususunda Anayasa’da belirlenen haklara ve uluslararası sözleşmelere uygun düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak yapılan yasaların Anayasa’da belirlenen ilkelerle ve hak ve özgürlüklerle uyumlu olması gerekir.

Hal böyle iken toplumsal bir sorun olan kamu taşeron işçilerinin sorunlarının çözümü amacıyla düzenlenen 7079 Sayılı Yasanın 118 inci Maddesi sorun çözümünde, Anayasa’da belirlenen hak ve özgürlüklere aykırı hükümler getirerek bir dizi yeni uyuşmazlık konusu yaratmıştır.

Yüce Mahkemenin önüne getirilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yer alan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresi, kamu kurumlarına geçişleri düzenlenen alt-işveren işçileri için getirilen başvuru şartlarını düzenleyen hükümlerden birisidir. Bu düzenleme ile kamu kurumlarına geçirilecek işçilerin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48 inci Maddesinde sayılan bazı şartları taşıması amaçlanmıştır.

Bu şartlar;

1. Türk Vatandaşı olmak,
2. Kamu haklarından mahrum bulunmamak,

3. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.

4. Askerlik durumu itibariyle; a) Askerlikle ilgisi bulunmamak, b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak, c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,

5. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak.

6. Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak.

Söz konusu şartlardan yukarıda belirtilen 2 – 6 Nolu şartlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48 inci Maddesinin birinci fıkrasının (A) Bendinde belirtilen ““(4), (5), (6), (7) ve (8)” nolu alt bentleri ifade etmektedir.

Söz konusu düzenlemede belirtilen bu şartlar, Anayasa’nın 10 uncu Maddesinde belirtilen Kanun Önünde Eşitlik İlkesine, Anayasanın 2 nci Maddesinde belirtilen Hukuk Devleti İlkesine, Çalışma Hakkını düzenleyen 49 uncu Maddesine aykırıdır.

Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi’nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet’çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesinde iptali talep edilen ibare ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle iptali talep edilen ibare ile geçiş talebinde bulunan kamu kurumlarında alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda devlet memurları için öngörülen bazı şartları taşıması öngörülmüştür. Bu şartların talep edilmesi farklı statüde istihdam edilecek başvuruçular açısından Anayasa'nın 10 uncu Maddesine aykırıdır. Öncelikle, başvuru yapılacak kadro 657 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin (d) fıkrasında tanımlanan işçi kadrosudur. Dolayısıyla kamuya işçi alımlarına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekirken, kamuda alt işveren işçilerine işçi kadrolarına geçiş için memurlar için düzenlenmiş hükümlerin uygulanması eşitsiz bir yaklaşımdır. Nitekim kamuya işçi olarak gireceklerde aranacak şartlar *KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA İŞÇİ ALINMASINDA UYGULANACAK USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK*'in 4 üncü Maddesinde belirlenmiştir.

İşçi olarak alınacaklarda aranacak şartlar

MADDE 4 – (1) İşçi olarak alınacaklarda;

a) 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olmak,

b) 18 yaşını tamamlamış olmak,

c) Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak,

ç) Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak, şartları aranır.

Bu hükümler arasında yukarıda iptali talep edilen ibaredeki şartları taşıma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yaratılan bu durum nedeniyle kamu işçisi statüsüne başvurmak isteyen birçok alt işveren işçisi ne yazık ki şartları taşımadığı gerekçesiyle başvurusunu yapamamıştır. Oysa aynı dönem içerisinde kamu kurumlarının açtığı işçi alımı ilanları yoluyla bu kamu alt-işveren işçileriyle aynı şartları taşıyan işçiler kamuda çalışmaya başlayabilmişlerdir. Örneğin Askerlik görevini yerine getirmemiş bir alt işveren işçisi kamuya geçiş için başvuru yapamaz iken,

askerliğini yerine getirmemiş bir işçi kamu kurumlarında çalışabilme olanağına sahiptir. Çünkü belirtilen kriterler kamuda işçi statüsünde çalışmak için aranmamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşıkardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu söz konusu ibarenin Anayasa’nın 10 uncu maddesine aykırılığı söz konusudur ve bu nedenle iptali gerekir.

Sosyal haklarla ilgili düzenlemeler, sosyal devlet ilkesine aykırı olamaz. Sosyal devlet ilkesi kişiler açısından öznel bir hak getirmemesine rağmen, yaşamayı hukuki yönden bağlayıcı bir değere sahip olmanın ötesinde, devlet için olumlu yükümlülükleri gerekli kılmaktadır.

7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesi ile düzenlenen kamu alt-işveren işçilerinin kadroya geçirilmesi için aranan şartlar, sosyal hukuk devleti ilkesine ilişkin yerleşik Anayasa Mahkemesi kararları ışığında devletin temel haklar konusunda olumlu edim yükümlülüğüne aykırı ve bununla çelişen olumsuz edimler ortaya çıkaran bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi çok eski kararlarında da yeni kararlarında da “sosyal devlet” ilkesini yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ölçü normlarından biri olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi 1963/138 esas ve 1964/71 sayılı kararında, bu ilkenin yaşamayı “Anayasaya uygun düzenleme” açısından bağladığını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi yeni tarihli kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.

Yüksek Mahkeme 2015/67 Esas ve 2016/21 sayılı kararında sosyal hukuk devleti ilkesini ve bu ilkenin devlete getirdiği yükümlülükleri şöyle tanımlamaktadır: “Anayasa’nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adaletle uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetken devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.”

Anayasanın “insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti” ilkesi konumuz açısından özellikle önemlidir. Anayasa Mahkemesi 2015/67 Esas ve 2016/21 sayılı kararında sosyal devlet ilkesinin geniş bir yorumunu yaparak bu yönde devlete sosyal hakları geliştirme

yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır. Kararda sosyal hukuk devleti “sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren”, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan” “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten” olarak tanımlanmıştır.

Yasama organı, yasama faaliyetinde hükümleri arasında yer alan “sosyal devlet” ilkesini sosyal haklarla ilgili yasal düzenlemeler yaparken esas almak zorundadır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Yasaya eklenen Geçici Madde 23 ile düzenlenen kamu alt işveren işçilerinin kamu kurumlarının işçi kadrolarına geçirilmesi için işçilerde aranan şartlar, adaletsiz bir durum da yaratmaktadır. Öncelikle, söz konusu işçilerin mevcut statüleri hukuken “kamu işçisi” statüsündedir. Yargıtay’ın verdiği çeşitli kararlar da bunu açıkça göstermektedir.

1. “Davacının davalıya ait işyerinde sürekli işlerde uzun süredir çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak, hizmet akdi davalı ile değil, taşeronla yapılmış ve kısa sürelerle taşeron olarak görünen kişi değiştiği halde davacı işini aynen ve aralıksız olarak sürdürmüştür. Davalı ile taşeron adı verilen kişi arasında yapılan sözleşmelerde, işçinin işe alınması, nitelikleri, işten çıkartılması ve ücretlerinin belirlenmesi konularında tüm yetkiler davalı kuruma tanınmıştır. Aynı işyerinde doğrudan davalı tarafından çalıştırılan işçiler de bulunmakta ve işyerinin çalışma düzeni işle ilgili talimatlar doğrudan davalı tarafından verilmektedir. Bütün bu olgular, davacının gerçekte davalının işçisi olduğunu, asgari ücretle çalıştırılabilmesi için görünümde bir taşeronun aracı olarak gösterildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim bu doğrultudaki uygulamalar, dairemizin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararları? böyle olunca davacı, davalıya ait işyerinde çalıştığı tüm süre için, işçilik haklarını davalıdan isteyebilir” Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Esas No:1995/03521,Karar No:1995 /14038,Tarihi:04.05.1995

2. İşçi, davalı ? Bakanlığının temizlik işinde çalışmıştır. Bu konuda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Mahkememizce davalı Bakanlık ihale makamı olarak asıl işveren durumunda olup, belirtildiği gibi davalı temizlik şirketinin elemanı olarak çalışmıştır. Dolayısıyla her iki davalının sorumluluğu söz konusu olup davalı Bakanlığın husumet itirazı Mahkememizce yerinde görülmemiştir? Dosyadaki belgelerden anlaşılaacağı üzere, davalı bakanlık ile diğer davalı işveren şirket ve yeni yüklenici firma arasında bir, devir söz konusu değildir? Bu durumda davalı işveren vekilinin iş akdinin sona erdirilmediğini, işçilerin ihaleyi alan yeni şirkette aralıksız çalışmaya devam ettiğini ve davacının işten çıkarılmaması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanamayacağını ve davanın reddini istemişlerse de bu talep yerinde görülmemiştir. Davacı dosyadaki belgelere göre,? tarihinden ? tarihine kadar davalı işveren nezdinde çalışmıştır, çalışması kesintisizdir? Dosyadaki belgelere göre davacının çalışmasının süreklilik arz ettiği, bu durumda yasal işçi alacaklarına hak kazanamadığı yolundaki savunma Mahkememizce yerinde görülmemiştir? İşbu dava ile konusu ve davalıları aynı olarak işçi MK adına Mahkememizde 24.09.2003 tarihinde açılan 2003/98 E. Sayılı davanın kabulüne ilişkin olarak verilen 17.06.2004 gün ve 2004/572 K. sayılı ilam Yargıtay 9. Hukuk Dairesince 14.06.2005 gün ve 2004/25297 E., 2005/21133 K. sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir. Tüm toplanan deliller ile Mahkememizce verilen ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onanan emsal nitelikteki karar uyarınca davanın kabulü gerekli görülmüştür. Yukarıda açıklanan nedenlerle; Kıdem tazminatı isteği ile ilgili olarak davanın kabulü ile ?brüt kıdem tazminatı alacağının

?tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine, izin ücreti alacağı ile ilgili olarak davanın kabulü ile, ?izin ücreti alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine, ,?karar verildi Ankara 13.İş Mahkemesi E.No:2003/130,K.No:2005/871,Dava T.:24.09.2003,Karar T.:17.06.2004.

3) “Mahkememizce yapılan incelemede ayrıca, Yargıtayın bu içtihadına ve açıklanan doktrin görüşlerine rağmen, davalı Karayolları Genel Müdürlüğünün muvazaalı olduğu tespit edilen dava konusu uygulamasının İş Kanununa 5538 sayılı yasayla eklenen istisna hükmü ile korunmasının Türkiye’nin taraf olduğu 94 sayılı ILO Sözleşmesine de aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu ILO Sözleşmesinin 2. maddesi incelendiğinde Kamu Kurumundan iş alan alt işverenlerin ve yüklenicilerin çalıştırdıkları işçilere ödenen hakların o bölgede veya yoksa yakın bölgede çalışan ve aynı işi yapan işçilere ödenen işçilik haklarının aynısı olması konusunda Kamu Kurumlarına yükümlülük getirdiği, buna karşın İş Kanununun 2. maddesinde getirilen hükümlerin ILO Sözleşmesinde düzenlenen hükümlere ters bir düzenleme olduğu, Anayasa’nın 90. maddesine göre onaylanması uygun bulunup, onaylanan ILO Sözleşmeleri İç Hukuk Kuralı olarak kabul edildiğinden, Anayasaya göre Kanunların da üstünde olan ILO Sözleşmesi hükümleri ile İş Kanununda yapılan düzenleme bir birine aykırıdır. Yukarıdan itibaren açıklanan, değerlendirilen ve sayılan delillerin içerisinde yer alan ve yargılama kapsamında 17 alt işveren firma tarafından davalı Karayolları Müdürlüğü ile yapılan sözleşme içerikleri, işçilerin fiili olarak yaptığı çalışmalar ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davalı Karayollarının yaptığı hizmet alım sözleşmelerinin tarafı alt işverenlerin bordro işvereninden öteye gidemediği, söz konusu sözleşmelerin doktrin görüşü, yerleşik Yargıtay içtihatları ve taraf olduğumuz ILO Sözleşme hükümleri doğrultusunda açıkça muvazaalı olduğu anlaşılmış, davacıların statüleri ve talepleri değerlendirilerek, açık muvazaa nedeni ile davacı işçilerin başından beri davalı Karayolları işçisi olduğunun tespitine karar vermek gerekmiştir.” Ankara 11. İş Mahkemesi, Esas No: 2010/871 Esas; Karar No: 2011/409 Karar, KARAR TARİHİ: 20.05.2011

Yukarıdaki Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere kamuda alt-işveren işçisi olarak uzun yıllardır çalışanlar, iş hukukumuz çerçevesinde “asıl işverenin işçisi” sayılmıştır. Dolayısıyla bu işçilerin kamu işçisi olarak tanımlanması gerekir. Nitekim Karayolları Genel Müdürlüğü işyerlerinde çalışan işçilerin açtığı davalarda da Yargıtay benzer bir karar vermiş ve bu işçilerin Karayollarının esas işlerini yaptığını belirterek baştan itibaren işçilerin kamu işçisi olarak tanımlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Dolayısıyla söz konusu işçilerin kadroya geçirilmesi zorunluluğu aslında yargı kararlarıyla kesinleşmiştir. Ancak çıkarılan geçiş yasası bütün bu çalıştırılan işçileri alma yerine bunlara kamu işçileri için aranmayan şartları da getirerek zorlaştırma olmuştur.

Örneğin Taşeron işçiler için getirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. Maddesinin A Bendinin 1, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı alt bentlerinde belirtilen şartlardan 4 ve 5. Alt bentlerde belirtilen “kamu haklarından mahrum olmamak” ve “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına” hükümleri nedeniyle kamuoyuna yansıdığı kadarıyla birçok taşeron işçisinin kadroya geçme talebi bu nedenle reddedilmiştir. Bu düzenleme, Anayasaya aykırı bir düzenlemedir ve adil değildir. Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak çalışacaklarda aranacak kriterlerin bu kişilerde de aranması gerekir. Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 4. Maddesinde belirlenen şartların aranması gerekir. Bunlar arasında “kamu haklarından mahrum

olmamak” ve “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına” mahkûm olmamak bulunmamaktadır. Ayrıca, 4857 Sayılı Yasa’nın 30. Maddesi uyarınca kamuda yüzde iki oranında “eski hükümlü” çalıştırılmaktadır. Kamu alt-işveren işçilerinin kadroya geçirilmeleri için bu yönde bir şartın getirilmesi, adil bir düzenleme olmadığı gibi hukuk devletinin en önemli özelliği olan hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerine de aykırıdır.

Sosyal hukuk devletinin özellikleri arasında sosyal adaleti sağlamak da bulunmaktadır. Bu düzenleme sosyal açıdan zayıf durumda olan yurttaşların korunmasını içerir. Cezasını çekmiş bir yurttaşın, çalışma hakkının elinden alınması sosyal adalet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Devletin görevi bu insanların topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Bu nedenle sosyal hukuk devleti olma yükümlülüğünü zedeleyici bir durumla karşı karşıya bulunmaktayız. Söz konusu ibare Anayasa’nın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırıdır, iptali gerekir.

Çalışma en temel haklardan biridir. Çalışma hakkı hem evrensel insan hakları metinlerinde hem de ulusal anayasalarda düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da sosyal haklar bölümünde açıkça düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin evrensel ilke doğrultusunda diğer temel haklarda olduğu gibi çalışma hakkı da önemli sınırlamaları içermektedir. Yani, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar (ödevler) taşımaktadır.

Çalışma hakkı kavramı tek bir hakkı ifade etse de çalışma hakkı ile ilgili birçok hakkı da içinde barındırır, bu anlamda çalışma haklarından bahsetmek mümkündür. Anayasada düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı bu kapsamdadır.

Anayasamızın 49 uncu maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.” hükmü bulunmaktadır.

Anayasa’nın 49. maddesinde çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete; çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır. Anayasa’nın 5. maddesinde, ‘İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama’ Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde Anayasamızda devlete, çalışanlarının sağlıklarının korunması görevini de verdiği görülmektedir.

Hal böyle iken 7079 Sayılı Yasa ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen Geçici 23 üncü Maddenin birinci fıkrası ile getirilen ve iptali talep edilen şartlar nedeniyle çalışma hakkını zedelemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere yargı kararlarıyla hukuken kamu işçisi olarak tanımlanmış olan bu işçiler için bunların kadroya geçişlerini zorlaştıran ve kamuya işçi alımları için aranmayan şartların bunlar için aranması, aynı şekilde bu çalışanların çalışma hayatı dışına itilmesi, işsiz bırakılması Anayasanın özüne ve ruhuna aykırıdır. Çalışma hakkının korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Anayasa’nın 49. Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresi Anayasa’nın 2 nci, 10 uncu ve 49 uncu maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

B) 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendinin Anayasa’ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin, 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 alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dâhil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı maddelerine aykırıdır.

a. Anayasanın 2 inci Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 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, Anayasa’ya 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’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık,

öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması, sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan çalışma yaşı sınırı 65'dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğer görevliler hakkında sınırı belirlenmiş önceden öngörülmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak" şartı ibaresi ile kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olanların kamu kurumu işçi kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin başvuru yapma için emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamak şeklinde bir şart koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişiler yargı kararlarıyla daha önceden kamu işçisi oldukları tanımlanmış ve kamu işyerlerinde geçişten önce de çalışmaya devam ettikleri için ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet; sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması; hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan

kanunların, ancak yayınlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir. Hâlihazırda kamuda çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer görevlilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi, Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi kamu alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilerin kamu kurumlarına işçi statüsünde geçişleri için emeklilik, yaşlılık, malullük aylığına hak kazanmamış olma şartı getirilmiştir. Bu husus emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı alanların durumundan farklıdır. Mevcut sosyal güvenlik hukukumuzda göre sigortalılar, 5510 Sayılı Kanunun 25 inci ve 28 inci Maddelerinde belirlenen primi ödeme sürelerini, yaş koşulunu ve 1999 öncesinde sigortalı olarak çalışmışlarsa sigortalılık süresini tamamlamaları halinde, engelli olarak çalışmakta iseler engellilik oranlarına göre sigortalılık sürelerini ve prim ödeme gün sayılarını tamamlamaları halinde uzun vadeli sigorta kolları açısından emekli olmaya hak kazanabilirler. Bir hakkın varlığı ile bu hakkın kullanımı birbirinden ayrı konulardır. Hakkın kullanımı açısından Anayasamız konunun öznesi olan sigortalının iradesini esas irade olarak düzenlemiştir. Nitekim, mevcut kamu işçileri ve diğer kamu görevlileri de bu esas dahilinde kamuda çalışma üst sınırı olarak tanımlanan ve hali hazırda emeklilik yaşı olarak belirlenmiş 65 yaşa kadar bu haklarını eğer yukarıda belirtilen koşulları sağlamışlarsa istedikleri tarihte kullanabilmektedirler. Hal böyle iken kamuda alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilere geçiş için ön şart olarak diğer kamu işçileri için aranmayan bir şartın getirilmesi kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Burada kamuda işe alınma yaşının varlığı nedeniyle bir yaş koşulunun bulunması nedeniyle bu düzenlemenin makul ve eşitlikçi bir yaklaşımı temsil ettiği belirtilebilir. Ancak, kamu alt-işveren işçileri açısından bu yaş koşulunun geçerli bir koşul olarak belirlenebilmesi için ilk defa kamu alt-işverenleri bünyesinde kamu işyerlerinde çalışmaya başladıkları tarihteki yaş koşulunun dikkate alınması halinde bu kıstasın hakkaniyetinden bahsedilebilir. Çünkü bu işçiler hâlihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde çalışmalarına devam etmektedirler. Dolayısıyla ilk işe alım tarihinde eşitlik yapılması gerekir. Oysa 7079 Sayılı Kanun bu kişilerin alt-işveren yanında çalıştıkları sürelerin yargı kararıyla kamuda çalışma olarak tanımlanmasına rağmen dikkate almamaktadır. Söz konusu düzenlemede diğer kamu işçilerine tanınan haklar ve koşullar ile bunlar için oluşturulan koşullar birbiriyle uyumlu değildir, bu tür işçilere yönelik bir ayrımcılık yapılmıştır. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşlarına engelli statüsünde işçi alımlarında böyle bir şart öngörülmemekte iken aynı sigortalılık süresine ve engellilik oranına ve prim ödeme süresine sahip bir kamu alt işveren işçisi engelli olarak emekliliğe hak kazanmış olması nedeniyle kadroya geçiş hakkına sahip olmazken diğer engelli kamu işyerlerinde çalışma hakkı kazanabilmektedir. Bu husus eski hükümlüler için de geçerlidir. Bu da 7079 Sayılı Kanunun 118 inci maddesi ile yaratılan bir ayrımcılıktır ve aynı statüde olan kişilere farklı işlem yapıldığından kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşıkardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları

gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet; sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak" şartı ibaresi kamu alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilerin kamu kurumlarına işçi statüsünde geçişleri için emeklilik, yaşlılık, malullük aylığına hak kazanmamış olma şartı getirilmiştir. Bu düzenleme ile kamu işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışan kişilerin başvuru hakkını ortadan kaldırarak çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmış olmaları nedeniyle başvuru yapamayacağını ve geçiş için öngörülen son süreden sonra iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin

makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması; hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa'nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ - Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliği sağlamak için kurumsal yapılaştırmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür.

Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken, sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; "Türkiye'nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığına, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği" hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

Mevcut sosyal güvenlik hukukumuzda göre sigortalılar, 5510 Sayılı Kanunun 25 inci ve 28 inci Maddelerinde belirlenen primi ödeme sürelerini, yaş koşulunu ve 1999 öncesinde sigortalı olarak çalışmışlarsa sigortalılık süresini tamamlamaları halinde, engelli olarak çalışmakta iseler engellilik oranlarına göre sigortalılık sürelerini ve prim ödeme gün sayılarını tamamlamaları halinde uzun vadeli sigorta kolları açısından emekli olmaya hak kazanabilirler. Bir hakkın varlığı ile bu hakkın kullanımı birbirinden ayrı konulardır. Hakkın kullanımı açısından Anayasamız konunun öznesi olan sigortalının iradesini esas irade olarak düzenlemiştir. Nitekim Kamuda çalışma yaşının üst sınırı olarak da 65 yaşının belirlenmiş olması bu savı destekler niteliktedir. Kamuda çalışan bir kişi, emekliliğe hak kazanmış olsa da istediği takdirde 65 yaşına kadar çalışma hakkına sahiptir. Dolayısıyla bir hakkın varlığını başvuru yapmaya engel bir durum olarak tanımlama sosyal güvenlik hakkıyla bağdaşmamaktadır.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, kamuda halen çalışmakta olan kamu alt-işveren işçileri için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak, başvuru koşullarını yerine getirilmediğinden bahisle bu alt-işveren işçilerini zorla emekliliğe sevk etmektedir. Bu

düzenlemenin, Sosyal Güvenlik Kurumunun finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa'nın 65 inci maddesindeki Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye'de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde çalışmaya başlayacak alt-işveren işçileri için halihazırda bu kamu işyerlerinde uzun yıllardır çalışan işçiler açısından dikkate alınmaması sosyal güvenlik hakkını zedeleyici bir durum olduğu kadar; kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınamaz.

Diğer yandan kamu görevlileri için çalışma yaş sınırının 65 olarak düzenlenmesine rağmen kamu işyerlerinde çalışan ve yargı kararlarıyla ilk çalışmaya başladıkları tarihten itibaren yargı kararlarıyla baştan itibaren kamu işçisi sayılan kamu alt-işveren işçileri için bu hakkın dikkate alınmaması, bunlara kamu kurumlarında işçi kadrolarına geçirilebilmeleri için emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olma şartı getirilmesi nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığına da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde olan kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir. Yukarıda belirtilen nedenlerle söz konusu düzenleme Anayasanın 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak" şartı ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırı olduğundan iptali talep edilmektedir.

C) 7079 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün birinci fıkrasının (c) bendinin, Anayasa'ya aykırılığı

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (c) bendi ile getirilen "Bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak," şartı ibaresi ile kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan

işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin olarak açtıkları her türlü davadan veya dava sonuçlanmışsa alacakları için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmeleri şartı getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edici niteliktedir.

a. Sosyal Devlet İlkesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesi devletin nitelikleri arasında "sosyal" hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin defaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olmasıdır. "...Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı haline getirilen davalardan veya icra takiplerinden feragat zorunluluğu, işveren karşısında daha güçsüz durumda olan işçileri, güvenceli olduğunu düşündüğü işçi kadrosuna geçme hakkını kaybetme endişesiyle haklarından vazgeçmeye zorlayacak ve eşit güce sahip olmayan taraflar arasında adaletsizliği arttırıcı işlev görecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesiyle düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı olarak feragat edilmesi zorunluluğu öngörülen davaların veya icra takiplerinin tarafları kamu işverenleri veya kamu alt-işverenleri ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek için çalışmak zorunda oldukları için güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir: işçinin korunması ve işçi yararına yorum. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Kamuda bir istihdam statüsüne başvuru hakkı için işçilerin Anayasa'nın 40 ıncı Maddesinde "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." hakkına dayanarak açtıkları davalardan feragat etmelerinin, kazandıkları davalar nedeniyle ödenmeyen alacaklar için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmelerinin zorunlu şart haline getirilmesi ile işçiler doğrudan haklarından vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu da doğal olarak işçilerin çalışmalarından doğan haklarını ortadan kaldıracı bir etki yaratacaktır. Bu şartın getirilmesi

neticesinde işçilerin, çalışmalarından dolayı ortaya çıkan alacak ve haklarının yargı yoluyla dahi alamaması ortaya çıkacaktır ve bunun da hukuken zorunlu tutulduğu bir düzenleme, sosyal devlet ilkesi ile çelişmektedir.

Temel hak ve özgürlükler müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir. Oysa iptali talep edilen düzenleme ile işçiler çalışma edimini yerine getirmesine rağmen hukuken elde etmeleri gereken hakları yargı yoluyla alma hakkından zorunlu olarak vazgeçmeye zorlanmaktadır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur.

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 devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Kamu yararını gözetmeyen iptali talep edilen hüküm, belirtilen nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ile düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

b. Hak Arama Özgürlüğü ve Mahkemeye Erişim Hakkına Aykırılık

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev'i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu

otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir.” denilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.)

Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19)

İptali talep edilen düzenleme işçilerin hak arama özgürlüklerine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir.

Kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin olarak açtıkları her türlü davadan veya dava sonuçlanmışsa alacakları için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmeleri şartı getirilmiştir. Usulüne uygun olarak açılmış davalardan ve icra takiplerinden feragatin bir başvuru şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Bu şartın getirilmesi devlet gücünü kullananların “kamu alt-işverenleri” ile işçiler arasında gerçekleşen hukuki uyuşmazlıklara müdahale ederek “kamu alt-işverenleri”nin çıkarına olacak bir uygulamayı zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Bir diğer deyişle Yasa koyucu, kamu alt-işverenlerin sorumluluklarını, kamu işverenlerine yönelik yargı kararlarını ortadan kaldırmayı hedefleyerek baştan itibaren bu işçilerin kendi işçileri olduğunun bilinciyle bu işçilerin dolaylı olarak devlet kurum ve kuruluşları aleyhine açtıkları davaları, yargı yoluyla sonuçlandırmak yerine bu dava yolunu kapatmayı, açılan davaları geri çekirtmeyi hedefleyerek kamu işyerlerinde ucuz işçi olarak çalıştırdığı bu işçilerin haklarını, alacaklarını yok ederek bir kez daha mağdur bırakmaktadır.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Bağımsız bir yargı organına yapılmış bir başvurunun ve yargılamanın feragat yoluyla sonlandırılmasını veya bir mahkemenin vermiş olduğu kararın uygulanmaması nedeniyle alacağın tahsili için başlatılan icra takibinden vazgeçmeyi, başvuru ön şartı olarak güçsüz olan işçiye dayatmak hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa’nın 36 ncı maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

D. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi

ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün birinci fıkrasının (ç) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (ç) bendi ile getirilen “En son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek” şartı ibaresi ile kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin doğmuş veya ileride doğacak hakları için dava açmayacağını belirten bir sulh sözleşmesi imzalama şartı getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edici niteliktedir.

a. Sosyal Devlet İlkesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesi devletin nitelikleri arasında “sosyal” hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin defaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olmasıdır. “...Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı haline getirilen kamu işyerlerinde taşeron işçi olarak çalıştıkları döneme ilişkin iş hukuku çerçevesinde doğmuş bulunan, ücret, fazla mesai alacağı, izin, kıdem tazminatı hakkı gibi çeşitli haklardan veya bu hakların somutlanmış ve alacak haline gelmiş olduğu durumlarda bu alacaklarını almayacaklarına ilişkin feragatname niteliğinde bir sulh sözleşmesi imzalama zorunluluğu, işveren karşısında daha güçsüz durumda olan işçileri, güvenceli olduğunu düşündüğü işçi kadrosuna geçme hakkını kaybetme endişesiyle haklarından vazgeçmeye zorlayacak ve eşit güce sahip olmayan taraflar arasında adaletsizliği arttırıcı işlev görecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesiyle düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı olarak feragat edilmesi zorunluluğu öngörülen hak ve alacakların tarafları kamu işverenleri veya kamu alt-işverenleri ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek için çalışmak zorunda oldukları için güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir:” işçinin korunması ve işçi yararına yorum.” İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında

güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Kamuda bir istihdam statüsüne başvuru hakkı için işçilerin Anayasa'nın 40 ıncı Maddesinde "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." Hakkına dayanan yargı yoluna başvurmayacaklarını belirtmelerinin talep edilmesi, dava hakkından vazgeçmelerinin zorunlu şart haline getirilmesi ile işçiler doğrudan haklarından vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu da doğal olarak işçilerin çalışmalarından doğan haklarını ortadan kaldıracı bir etki yaratacaktır. Bu şartın getirilmesi neticesinde işçilerin, çalışmalarından dolayı ortaya çıkan alacak ve haklarının yargı yoluyla dahi alamaması ortaya çıkacaktır ve bunun da hukuken zorunlu tutulduğu bir düzenleme sosyal devlet ilkesi ile çelişmektedir.

Temel hak ve özgürlükler müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir. Oysa iptali talep edilen düzenleme ile işçiler çalışma edimini yerine getirmesine rağmen hukuken elde etmeleri gereken hakları yargı yoluyla alma hakkından zorunlu olarak vazgeçmeye zorlanmaktadır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur. Kanun koyucu kural oluştururken tarafsız davranmak zorundadır. Oysa bu düzenlemede kanun koyucu işveren gibi çıkar amacı gütmüş ve kamuda taşeron olarak çalışan işçilerin kadroya geçirilmelerinden sonra kamuda taşeron işçi olarak çalıştıkları dönemde ortaya çıkabilecek hukuksuzluk durumlarına ilişkin yargı yoluna başvurmalarını engelleyici bir düzenlemeyi geçiş için ön şart olarak getirmiştir.

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 devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Kamu yararını gözetmeyen iptali talep edilen hüküm, belirtilen nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ile düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

b. Hak Arama Özgürlüğü ve Mahkemeye Erişim Hakkına Aykırılık

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev’i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri Anayasa’da düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa’nın 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir.” denilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.)

Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19)

İptali talep edilen düzenleme işçilerin hak arama özgürlüklerine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir.

Kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin olarak kamu kurumlarının kadrolarına geçtikten sonra yargı yoluna başvurarak haklarını ve alacaklarını alma hakkından vazgeçmeleri şartı getirilmiştir.

İş hukuku çerçevesinde çalışma edimini yerine getirmiş olan işçi, çeşitli kanunlarda belirlenen hak ve alacaklara hak kazanır. Örneğin ücret hakkı bunlardan birisidir. Kıdem tazminatı hakkı bunlardan birisidir. Yıllık izin hakkı, hafta tatili hakkı gibi dinlenme hakkı bunlardan birisidir. İşverenlerin iş ilişkisinin tarafı olarak doğmuş bulunan bu hakların kullandırılmasını veya alacak haline gelmiş hakları ödeme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hakları kullanma veya doğmuş olan alacakların tahsili için yasalar belirli zamanaşımı süreleri tanımlamıştır. Dolayısıyla işçi bu süreler dâhilinde bu alacakları ödenmediği veya bu hakları kullandırılmadığı takdirde doğal olarak yargıya başvurup bu alacaklarını veya haklarını alabilir. Yargı yoluna başvuru hakkını kısıtlayan herhangi bir sözleşme veya kanuni düzenleme ise Anayasa’nın 36 ncı Maddesine aykırılık taşır.

Hal böyle iken yasa koyucu, bu açık hak arama hakkını kısıtlayıcı bir düzenlemeyi başvuru ön şartı olarak kamu taşeron işçilerine dayatarak bu tür haklarını veya alacaklarını almalarını önleyici bir düzenleme yapmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı hakkı 4857 Sayılı Yasa çerçevesinde çalışan bütün işçilere tanınan bir haktır. Kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını kazanmış bir işçi 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesi çerçevesinde emekli olduğunda ya da iş kanununun 20 nci maddesi çerçevesinde geçerli nedenle iş akdi sonlandığında bu tazminatını alabilir. 6552 Sayılı Yasanın 8 inci Maddesi ile kamu işyerlerinde çalışan kamu alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalışmalarından doğan kıdem tazminatlarından doğrudan kamu kurumlarının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İptali talep edilen düzenleme ile kamu alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalışmalarından doğan kıdem tazminatı hakkından veya alacağından vazgeçmesi istenmektedir. Zira iptali talep edilen düzenlemede açıkça ““En son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek” hükmü bulunmaktadır. “Herhangi bir hak ve alacak” ibaresi söz konusu kıdem tazminatı hakkını da içermektedir. Buna izin hakkını, fazla mesai alacağı hakkını, ücret hakkını da ekleyebiliriz.

Görüldüğü üzere iptali talep edilen düzenleme;e işçinin yeni bir istihdam ilişkisinin tarafı olabilmesi için kamu kurum ve kuruluşları işçinin önceki çalışmasıyla ilgili olan hak ve alacaklarını yeni sözleşmesinin hayata geçmesinin ön koşulu olarak öne sürmektedir. Bu durum işçinin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir. İşçinin hak ve alacaklarından vazgeçmesinin bir başvuru şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Bu şartın getirilmesi devlet gücünü kullananların “kamu alt-işverenleri” ile işçiler arasında gerçekleşen hukuki uyuşmazlıklara müdahale ederek “kamu alt-işverenleri”nin çıkarına olacak bir uygulamayı zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Bir diğer deyişle Yasa koyucu, kamu alt-işverenlerin sorumluluklarını, kamu işverenlerine yönelik ileride ortaya çıkabilecek yargı kararlarını ortadan kaldırmayı hedefleyerek baştan itibaren bu işçilerin kendi işçileri olduğunun bilinciyle bu işçilerin dolaylı olarak devlet kurum ve kuruluşları aleyhine açacakları davaların önünü kapamayı hedeflemektedir.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Hâlihazırda doğmuş hak ve alacaklar için ileride açılacak davalardan vazgeçmeyi, başvuru ön şartı olarak güçsüz olan işçiye dayatmak hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36 ncı maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

E. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin, 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 alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmelerinden sonra çalışabilecekleri sürelere yönelik bir kısıtlama getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine, çalışma hürriyetine ve sosyal güvenlik hakkına aykırılıklar taşımaktadır. Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırıdır.

a. Anayasanın 2 inci Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 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, Anayasa’ya 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’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan

çalışma yaşı sınırı 65’dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğer görevliler hakkında sınırı belirlenmiş önceden öngörülmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile kamu işyerlerinde kamu alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarında işçi kadrolarına geçirilmelerinden sonra çalışabilecekleri sürelerle yönelik bir kısıtlama getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine, çalışma hürriyetine ve sosyal güvenlik hakkına aykırılıklar taşımaktadır. Kamu işyerlerinde işçi statüsünde çalışmaya başlayacak kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair ibare koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin statü değişiklikleri (aslında statüde değişmemiştir, yargı kararlarıyla kamu işçisi olarak tanımlanmış bu kişilere hakları verilmiştir) nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa’nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve memur veya diğer kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Hâlihazırda kamuda çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma

yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer görevlilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam

süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile kamuda alt işveren işçisi olarak çalışmakta iken kamu kurumların işçi kadrolarına geçirilen işçilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağını düzenlemektedir.

Bir diğer deyişle bu çalışanlar isteseler dahi emeklilik, yaşlılık veya malullük hakkı kazandıkları tarih itibarıyla geçirildikleri statülerini koruyamayacaklardır. Geçirildikleri statüde çalışan diğer personelin haklarından da yararlandırılmamaktalar ve farklı hükümlere tabi kılınmaktadırlar. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz. Ancak bu kanun değişikliğiyle iki farklı 4 (d) statüsü ortaya çıkmaktadır. Birinci statüde çalışan kamu işçileri, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda belirtilen yaş haddi olan 65 yaşında emekli olurken bu kanun değişikliğiyle 4 (d) statüsüne geçirilenler kamu taşeron işçileri ise bu yaştan farklı olarak 4447 Sayılı Yasa ile belirlenmiş olan kademeli yaşlara göre emekli edileceklerdir. Emekliliğe hak kazanma ile kamuda belirli bir yaştan sonra çalışmama birbirinden farklı durumlardır. Yine geçişi yapılan bu personele ücret ve özlük hakları açısından da farklı uygulama yapılmaktadır. Yaratılan bu durum nedeniyle kamuda çalışmaya yeni başlayan bir işçi personel ile hâlihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde fiilen kamu alt-işveren işçisi hukuken kamu işçisi olarak çalışan ancak bu madde hükmü nedeniyle kamu işçisi statüsüne geçirilen personel açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikârdır. Kamu kurum ve kuruluşlarında artık hakları ve emeklilik yaşları farklı olan iki çeşit işçi olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalet ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal

güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile kamuda alt işveren işçisi olarak çalışmakta iken kamu kurumların işçi kadrolarına geçirilen işçilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması, hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa’nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa’nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ - Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliğini sağlamak için kurumsal yapılaşmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür.

Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken, sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; “Türkiye’nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği” hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, kamuda halen çalışmakta olan personelden sadece bir kısmı için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak kişileri zorla emekliliğe sevk etmektedir. Bu düzenlemenin, Sosyal Güvenlik Kurumu’nun finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa’nın 65 inci maddesindeki Devlet’in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye’de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, SGK’nın aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan statüsü değiştirilen kişiler için değiştirilmesi, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınamaz.

Diğer yandan söz konusu taşeron işçilerin kamu işçi statüsüne geçtikten sonra görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş sınırının 65’ten farklı bir yaş olarak tanımlanması nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığı da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde görülen zorunlu emeklilik yaş sınırının altında bir yaş sınırı belirlenerek, kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir.

Avrupa Birliği’nin 2000/78/EC sayı ve 27 Kasım 2000 tarihli Konsey direktifinin 25 sayılı paragrafında, iş yaşamındaki yaşa dayalı ayrımcılığın kaldırılmasının gerekliliği ifade edilirken; söz konusu direktifin 18 inci maddesinde de üye devletlere bu konuda 2003 yılı sonuna kadar önlem almak görevi verilmiştir.

Avrupa Birliği üyeleri bu direktifler doğrultusunda gerekli önlemleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya başlamışlardır. Bu bağlamda zorunlu emeklilik yaş sınırı düşük olan kimi ülkelerde, örneğin İngiltere’de, bu sınırın yükseltilmesi yoluna gidilmektedir.

Bu gelişmeler, zorunlu emeklilik yaş sınırının indirilmesinin, çağdaş demokrasiler bakımından gerekli ve olumlu bir davranış olarak algılanmadığını da göstermektedir.

Bu nedenle, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Beşinci Fıkrasının ikinci cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

F. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün altıncı fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ile uzun yıllar boyunca çalışma yaşamının kanayan bir yarası olan kamu işyerlerinde çalıştırılan alt-işveren işçilerinin kamu kurumlarının işçi kadrolarına geçirilmeleri düzenlenmiştir. İptali talep edilen Geçici 23 üncü Maddenin altıncı fıkrası ile de geçişleri yapılan bu işçilerin ücret, sosyal ve ekonomik hakları, toplu pazarlık haklarına yönelik özel düzenlemeler yapılmış ve yukarıda belirtilen haklarına ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile öncelikle taşeron işçilerin geçiş sonrasında ücretlerinin ne olacağı ve bu ücretlere hangi oranda zam yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas itibariyle taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, kamuda çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede taşeron işçilere geçişten sonra sadece 6772 Sayılı İlave Tediye Kanunu’na göre 52 günlük ilave tediye ödenmesi söz konusudur.

Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir kamu taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Yine kamu kurum ve kuruluşlarının işçi kadrolarına geçişleri yapılan bu işçiler, yukarıda belirtilen kısıtlamalardan ancak Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesinin yürürlük süresinin sona ermesinden itibaren eğer sendikalara üye olmuşlar ve bu sendikalar da toplu iş sözleşmesi imzalamış ise bu durumda yararlanabileceklerdir.

Görüldüğü üzere 7079 Sayılı Kanun ile yapılan ve iptali talep edilen bu düzenleme ile öncelikle, geçiş sonrası kamu işçisi olan bu işçiler açısından kamudaki diğer işçiler için kanun, yönetmelik ve diğer mevzuat yoluyla elde edilen ücret, ücret zammı, sosyal ve ekonomik hakların uygulanmaması öngörülmektedir. Bu husus Anayasamızın 2 nci Maddesinde belirlenen sosyal hukuk devleti ilkesine, Anayasanın 10 uncu Maddesine, Anayasa'nın 49 uncu Maddesinde belirlenen çalışma hakkına, 55 inci Maddesinde belirlenen adil ücret hakkına aykırılık taşımaktadır. Yine Bu işçilerin geçiş sonrası ekonomik, idari ve sosyal haklarının tarafı olmadıkları bir toplu iş sözleşmeye tabi kılınması da Anayasa'nın 53 üncü Maddesinde belirlenen toplu pazarlık hakkına aykırılık taşımaktadır.

Son olarak işçi kadrolarına geçirilen taşeron işçilerinin çalıştıkları işyerlerinin 6356 Sayılı Kanununun Geçici 7 nci Maddesi gereğince girdiği işkolunun kamu kurumunun girdiği işkoluna geçişinden itibaren sendikalarca yetki başvurusunda bulunma hakkı tanınarak toplu pazarlık hakkının kullanılabilmesine ilişkin düzenlemesi de örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının kısıtlanması nedeniyle Anayasa'nın 51, 53 ve Türkiye'nin imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelere ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından imzalanmış 98 Sayılı Sözleşmeye aykırıdır. Aşağıda sırasıyla bu aykırılıklar açıklanacaktır.

a) Anayasanın 2 nci Maddesinde belirlenen Hukuk Devleti İlkesi'ne aykırılık

Anayasa'nın 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, Anayasa'ya 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'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri için ücret, aylık, sosyal ve mali haklar kanunlarla düzenlenmiştir. Bunun istisnası 657 sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin (d) fıkrasında belirlenmiştir. Bu fıkra kapsamında çalıştırılan işçilerin ücretlerinin belirlenmesinde 657 Sayılı Yasanın uygulanmayacağı vurgulanırken kamuda işçi statüsünde çalışmaya başlayan kişilerin ücretlerinin belirlenmesinde kamu kurumları kendi bünyelerinde bu ücretleri belirlemeye yetkili kılınarak 4857 Sayılı İş Kanunu çerçevesinde bu ücretleri belirlemektedir. Uygulamada işçi işe başladığı gün itibarıyla ilgili kamu kurumunda

yetkili sendikaya üye olmakta ve yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlamaktadır. Toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş ücret seviyelerine intibakı sağlanmaktadır. Bu husus örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının gereğidir. Ancak, 7079 Sayılı Kanun ile geçişleri düzenlenen işçiler için böyle bir özgürlük alanı ve hak tanımlanmamış, aksine geçiş sonrası ücretlerinin belirlenmesinde kısıtlama getirmiştir. Diğer kamu işçileri için getirilmeyen bu kısıtlama taşeron işçilerinin kendileriyle aynı statüde olan, aynı kıdeme sahip diğer işçilerden daha düşük ücret ve sosyal haklardan yararlanmasına neden olacaktır. İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. Eşit işlem yapma borcu aynı zamanda hukuk devletinin de bir yükümlülüğüdür. Hukuk devletinde devlet eşit işlem yapma, ayrımcılık yapmama yükümlülüğündedir.

Kamu işyerlerinde işçi statüsünde çalışmaya başlayacak kişilerin ücretlerine, ekonomik ve sosyal haklarına ilişkin eşitsiz, ayrımcı kısıtlamalar getiren bir ibarenin koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin statü değişiklikleri (aslında statüde değişmemiştir, yargı kararlarıyla kamu işçisi olarak tanımlanmış bu kişilere hakları verilmiştir) nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı ücret ve sosyal haklar tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Yine iptali talep edilen düzenleme ile geçişleri düzenlenen kamu taşeron işçilerin örgütlenme ve toplu pazarlık hakları da kısıtlanmış ve bunların kamuda yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmalarına ilişkin yasaklama getirilmiştir. Yüksek Hakem Kurulu tarafından kamu alt-işverenleriyle kamu taşeron işçilerinin örgütlendiği sendika tarafından kendi üyelerini ilgilendiren, geçiş öncesi dönem için imzalanmış bir sözleşmenin, bu sözleşmenin tarafı olmayan, üyelik ilişkisi bulunmayan kişilere uygulanması toplu pazarlık hakkına hukuksuz bir müdahale olduğu gibi aynı zamanda YHK tarafından imzalanmış olan en son toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitimine kadar geçiş sonrasında taşeron işçilerin işyerlerindeki sendika üyesi işçilere uygulanan toplu sözleşmelerden yararlanamaması da aynı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu da hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Anayasanın 55 inci Maddesinde; “ Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. ...” hükmü bulunmaktadır. Anayasa'nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayırık durumunu gözeterek, Devlet'e “adaletli bir ücret” için

tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır. İptali talep edilen düzenlemede kamu işyerlerinde geçiş öncesinde de çalışan ve hukuken statüleri değiştirilip kamu işçisi statüsüne geçirilen işçiler için diğer işçilerin yararlandığı ücret haklarından yararlandırmama “adalet” ilkesini de zedeler. Bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırılık taşır.

Hukuk devleti, kazanılmış hakları korumakta duyarlı davranarak hukukun temel ilkelerine bağlılığını kanıtlar. Hukuk devleti, aynı zamanda bireylerin haksızlıktan korunmasını ve mutluluğunu amaç edinir. Hukuk devletinin temel öğelerinden biri de güvenilirliktir. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırır; belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden kamu işçisi olmalarından sonra bu statüde sadece bu kişiler için kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, Anayasa’nın 55 inci Maddesinde belirlenen adil ücret hakkına aykırı olduğu gibi hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa’nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b) Anayasanın 10 uncu Maddesinde belirlenen Kanun Önünde Eşitlik İlkesi’ne Aykırılık

İptali talep edilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki düzenleme ile kamu alt-işveren şirketlerinde çalışmakta iken geçiş sürecine tabi tutulan işçilerin geçiş sonrası kamu işçisi olmalarına rağmen bu işçiler açısından kamudaki diğer işçiler için kanun, yönetmelik ve diğer mevzuat yoluyla elde edilen ücret, ücret zammı, sosyal ve ekonomik hakların uygulanmaması öngörülmektedir. Bu düzenleme, Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki düzenleme ile kamu alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerden kamu işçisi kadrolarına geçirilenlerin ücretlerinin, mali ve sosyal haklarının diğer kamu işçileri gibi belirlenmesi yerine geçiş sonrasında ücretlerinin ne olacağı ve bu ücretlere hangi oranda zam yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas itibarıyla taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, kamuda çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir kamu taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Görüldüğü üzere kamuda 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 (d) statüsünde çalıştırılmaya başlanan söz konusu taşeron işçileri, hâlihazırda aynı statüde olan aynı işlerde çalışan, aynı kıdeme veya niteliklere sahip işçilerle farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Bunlara yönelik eşitlik ilkesi çerçevesinde diğer kamu işçilerine uygulanan sistemin uygulanması gerekirken ayrımcı bir düzenleme ile daha düşük, farklı bir ücret, sosyal hak sistemi öngörülerek kanun önünde eşitlik ilkesi zedelenmektedir. Özellikle, yapılan düzenleme ile taşeron işçilikten geçiş sonrasında işçilerin ücret ve mali haklarının bir uyumsuzluk kurumu olan Yüksek Hakem Kurulu tarafından belirlenecek olması, eşitlik ilkesini ayrıca zedelemektedir. Yüksek Hakem Kurulu, 6356 Sayılı Yasa gereğince toplu pazarlık görüşmelerinde uyumsuzluk aşamasında işçi sendikasının grev yasağı kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler açısından toplu sözleşmenin uyumsuzluğa konu olan hükümleri hususunda karar alan bir Kurul'dur. Ancak, burada yasa koyucu tarafından toplu sözleşmenin bütün hükümlerini belirleyici bir konuma getirilerek, Yasa koyucu konumuna getirilmiştir. Anayasa'nın 128 inci Maddesinde belirlenen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla belirlenmesi ilkesine aykırılık taşıdığı gibi diğer kamu görevlileri ve kamu işçileri açısından hukuki yaptırımı olmayan bu Kurul kararının adeta bütün kamu taşeron işçilerine teşmil edilmesi, kamu işçileri açısından bu hakların özgür toplu sözleşmeyle bağitlanan ücret ve diğer mali ve sosyal hakların farklılaştırılarak bu Kurulun kararına bırakılması, eşitlik ilkesini zedeleyicidir.

Bir diğer deyişle kamu taşeron işçileri aynı sendikaya üye olsalar, o işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklar, geçirildikleri işçi statüsünde çalışan diğer personelin haklarından yararlanılmayacak ve farklı hükümlere tabi kılınacaklardır. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz.

Yaratılan bu durum nedeniyle kamuda çalışmaya yeni başlayan bir işçi ile hâlihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde taşeron işçi olarak çalışmış ancak bu düzenleme ile hukuken kamu işçisi olmuş işçiler açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikârdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılmaması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)). “Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)). Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasa’nın 49. Maddesinde Belirlenen Çalışma Hakkına Aykırılık

Çalışma en temel haklardan biridir. Çalışma hakkı hem evrensel insan hakları metinlerinde hem de ulusal anayasalarda düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında sosyal haklar bölümünde açıkça düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin evrensel ilke doğrultusunda diğer temel haklarda olduğu gibi çalışma hakkı da önemli sınırlamaları içermektedir. Yani, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar (ödevler) taşımaktadır.

Çalışma hakkı kavramı tek bir hakkı ifade etse de çalışma hakkı ile ilgili birçok hakkı da içinde barındırır, bu anlamda çalışma haklarından bahsetmek mümkündür. Anayasada düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı bu kapsamdadır

Anayasamızın 49 uncu maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.” Hükmü bulunmaktadır.

Anayasa’nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır. Anayasa’nın 5. maddesinde, ‘İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama’ Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde Anayasamızda devlete çalışanlarının sağlıklarının korunması görevini de verdiği görülmektedir.

Ancak iptali talep edilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki düzenleme ile kamu alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerden kamu işçisi kadrolarına geçirilenlerin ücretlerinin, mali ve sosyal hakları kısıtlanmış esas itibariyle taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, kamuda çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir kamu taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Görüldüğü üzere kamuda 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 (d) statüsünde çalıştırılmaya başlanan söz konusu taşeron işçileri, hâlihazırda aynı statüde olan aynı işlerde çalışan, aynı kıdeme veya niteliklere sahip işçilerle farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Diğer kamu işçilerine uygulanan sistemin uygulanması gerekirken ayrımcı bir düzenleme ile daha düşük, farklı bir ücret, sosyal hak sistemi öngörülerek Anayasanın 49 uncu Maddesinde tanımlanan çalışma hakları zedelenmektedir. Çalışma Hakkı, devlete çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekirken iptali talep edilen düzenleme aynı işyerinde aynı işi yapan çalışanlar arasında farklı ücret ve sosyal hakların ortaya çıkmasına neden olacak, kamuda çalışmaya yeni başlayan bir işçi ile hâlihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde taşeron işçi olarak çalışmış ancak bu düzenleme ile hukuken kamu işçisi olmuş işçiler açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkaracak, bu nedenle de çalışma barışını zedeleyecektir.

Bu nedenle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki düzenleme Anayasa'nın 49 uncu Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

d) Anayasa'nın 51 inci Maddesi ile 53 üncü Maddesinde belirtilen Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Aykırılık

Çağdaş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de örgütlenme ve toplu pazarlık ve bunun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilen grev hakkı anayasamızda çeşitli düzenlemelerle belirlenmiştir. Söz konusu alan, çalışanların çalışma, örgütlenme, toplu pazarlık gibi temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgisi sebebiyle Anayasanın 51 nci, 52, 53 ve 54 ncü maddelerindeki hükümlerle düzenlenmiş olduğu gibi, Anayasamızda örgütlenme, çalışma haklarıyla ilgili diğer düzenlemeler de mevcuttur.

Anayasal kuralların ruhuna uygun olarak düzenleme yapılması yerine gündelik ihtiyaçların giderilmesini önceleyen, her alanda olduğu gibi sendika ve toplu sözleşme alanında da günü kurtarmaya yönelik özgürlükleri kısıtlayıcı bir biçimde hareket eden Hükümet tarafından 7079 Sayılı Yasa ile 375 Sayılı KHK'ya eklenen bu hüküm bu hakkın öznesini, kapsamını, ve esasını değiştirerek örgütlenme hakkını ve toplu pazarlık yapma hakkını kısıtlamaktadır.

Anayasanın 51.maddesi “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” şeklindedir.

Sendika özgürlüğü, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olarak tanımlanmıştır. Sendika hakkını sınırlama nedenleri genel sınırlama nedenlerinin yanında Anayasanın 51.maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Sendika kurma hakkı Anayasamızda ayırım gözetmeksizin “çalışanlar ve işverenler”e tanınmış ve güvence altına alınmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrasındaki “Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Sürekli işçi kadrolarına geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından kadroya geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki idarelerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki idarelerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir.” şeklindeki düzenleme ile kamu alt-işveren işçilerinden kamu kurumlarında işçi kadrolarına geçirilenlerin ücret, mali ve sosyal haklarının belirlenmesi için örgütlenme haklarının kullanımı engellenmekte, sendikalara üye olma gerekçeleri ortadan kaldırılmakta, sendikal hak ve özgürlükleri kısıtlanmakta, ücretlerini, sosyal haklarını, çalışma koşullarını belirleyebilmek amacıyla örgütlenmeleri bu tür hakları belirleme yetkisi bir uyuşmazlık kurumu olan Yüksek Hakem Kurulu’na devredilmektedir. Yüksek Hakem Kurulu, 6356 Sayılı Yasa gereğince toplu pazarlık görüşmelerinde uyuşmazlık aşamasında işçi sendikasının grev yasağı kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler açısından toplu sözleşmenin uyuşmazlığa konu olan hükümleri hususunda karar alan bir Kurul’dur. Ancak, burada yasa koyucu tarafından toplu sözleşmenin bütün hükümlerini belirleyici bir konuma getirilerek, bu işçiler açısından Yasa koyucu konumuna getirilmiştir. İşverenlerinin söz hakkı olmadığı, sendikaların söz hakkı olmadığı bir çalışma biçimi yaratılmaktadır. Bu da doğal olarak örgütlenme hakkını zedeleyici bir durum yaratmaktadır.

Yine Anayasamızın 53 ve 54 üncü Maddelerinde çalışanlara toplu sözleşme yapma hakkı ile bunun ayrılmaz bir parçası olan grev hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu haklara bakıldığında çalışanların örgütlenme hakkının öznesi olarak sendikalar tanımlanmıştır. Anayasamızın 53 ve 54 üncü maddelerinde toplu pazarlık hakkının kullanımında bu hakkın sadece hakkın öznesi olan sendikalar aracılığıyla kullanılabileceği belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere hakkın öznesi olmayan “sendika veya işveren veya işveren örgütü” bir “zorunlu arabulucu” kurumunun çalışanların özlük haklarını belirlemesi Anayasa’nın 53’üncü Maddesine aykırıdır. Çünkü bu çalışanlara özgürce seçim hakkı tanınmamaktadır. Özgür iradeleriyle pazarlık yapamamaktadırlar. Kendi işyerleri ile bağlantılı olmayan bir işyerine ilişkin bu işyerlerindeki tarafların dışında bir Kurulun belirlediği kurallara tabi kılınmaktadır. Bu da doğal olarak özgür toplu pazarlık hakkını zedeleyici bir ortam oluşturmaktadır.

Öte yandan Anayasanın “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” başlıklı 53. maddesinde, “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” düzenlemesi yer alırken 7079 Sayılı Yasadaki iptali talep edilen düzenleme ile toplu sözleşme yapma hakkı da kısıtlanmıştır. Şöyle ki, “Bu madde kapsamındaki idarelerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7 nci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.” düzenlemesi ile geçiş yapılan kamu işyerinde ayrı bir işyeri olarak tescil işlemi yapılacağı bu işçilerin ayrı işkolunda tescil nedeniyle o işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları, bu işçilere yönelik toplu pazarlık hakkının ancak YHK tarafından karara bağlanan TİS’in bitiminden sonra yapılabileceği düzenlenerek, 6356 Sayılı Yasanın özüne ve ruhuna aykırı bir durum yaratıldığı gibi bu işçilerin belirli bir süre ile toplu pazarlık hakkı ortadan kaldırılmıştır. Bu husus açıkça toplu pazarlık hakkını düzenleyen Anayasa’nın 54 üncü Maddesine aykırıdır. Nitekim buradaki hak gasbının kanunun özüne ve ruhuna aykırı olduğu gerçeği 6356 Sayılı Yasaya eklenen Geçici 7 nci maddesinin son fıkrasında adeta itiraf edilmiş ve kanun yapma anlayışına ters bir anlayışla Yasanın 4 üncü Maddesinde belirlenen bağlı işlerin esas işin yer aldığı işkolundan sayılarak bir işyerinde tek toplu sözleşme yapma ilkesine da aykırı bir düzenleme hayata geçirilmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa’nın 53 üncü Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

e) Anayasa’nın 55 inci Maddesinde Belirlenen “Adil Ücret Hakkı”na Aykırılık

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Bu çerçevede çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin de korunması sosyal devletin birincil amaçlarından birisidir. Çalışanların temel hak ve özgürlüklerinden birisi çalışma hakkı olduğu gibi çalışma hakkının kullanımında da adil bir ücrete hak kazanma da bu hakkın tamamlayıcı niteliğindedir. Bu husus Anayasa’nın 49 ve 50. Maddelerinde tanımlanmıştır.

Anayasanın 55 inci Maddesinde; “ Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. ...” hükmü bulunmaktadır. Anayasa’nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu

düzenlemede ücretin özellikli ve ayrık durumunu gözeterek, Devlet’e “adaletli bir ücret” için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır.

Adil ücret hakkı, aynı zamanda çeşitli ilkeleri içerisinde barındırır. Bunlar “saygın yaşam düzeyi” ilkesi, “eşit işe eşit Ücret ilkesi” ve “katılım” ilkesidir. Bunlardan ilki “Saygın Yaşam Düzeyi İlkesi” çalışanların kendileri ve aileleri için saygın yaşam düzeyi sağlamaya yeterli ücret hakkı olarak tanımlanmaktadır. Bu ücret kişinin ve ailesinin temel ekonomik, sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılayan bir ücret olmalıdır. Saygın yaşam düzeyi ölçütü kamu görevlilerinin aylık ve ücretlerinin belirlenmesinde son derece önemli bir ölçüt değeri taşımaktadır. Bunun temel nedeni kamu kesiminde ücret yelpazesinin taşıdığı önemdir. Ücret yelpazesi kamu kesiminde görev, yetki, sorumluluk hiyerarşisini yansıtır ve sistemin itici gücüdür. Ancak ücret yelpazesinin sağlıklı olabilmesi için, taban ücret kişi ve ailesi için onurlu bir yaşam sağlamaya yeterli olmalıdır. En alt düzey sağlıksız saptanınca en üst düzey de sağlıksız hale gelir. İptali talep edilen düzenleme ile kamu alt-işveren işçilerinin geçiş sonrası ücret ve mali ve sosyal haklarının düzenlenmesinde diğer kamu işçilerinin ücret düzeylerinden ve sosyal ve ekonomik haklarından farklılaşan bir sistem ile kamuda daha düşük ücretli bir işçi kesiminin oluşturulması saygın yaşam düzeyi ilkesinin uygulandığı söylenemez.

Adil Ücret Hakkının bir diğer ilkesi de “Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi”dir. Bu ilke şöyle tanımlanmaktadır: Nitelikleri itibariyle birbirine benzemeyen işlerin bilgi, beceri, çaba, sorumluluk ve çalışma koşulları açısından birbiriyle karşılaştırılması ve bu yönlerden birbiriyle eşit değerde olduğu saptanan işler için eşit ücret verilmesidir. Bu ilkenin kamu kesiminde uzun bir geçmişi ve saygın bir yeri vardır. Kamu kesiminde eşit işe eşit ücret ilkesi iki tür eşitlik arayışını içerir. Birincisi hizmet içinde aynı güçlük ve sorumluluk düzeyinde olan işler için eşit ücret ödenmesi, İkincisi ise kamu kesiminde ödenen ücretlerin özel kesimde benzer ya da eşdeğer işler için ödenmekte olan ücretlerle dengelenmesidir. Eşit işe eşit ücret ilkesinin kamu çalışanlarının aylıklarının belirlenmesinde yaşamsal değerde bir ölçüt olduğuna hiç kuşku yoktur. Bu ilke yalnız hizmet gereklerine dayanmayan ücret ayrımcılığını değil ücret adaletinin daha geniş hedeflerine ve refah toplumuna ulaşmada etkin bir araç olarak algılanmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ile aynı işi yapan aynı niteliklere sahip işçilere salt bunlardan bir kısmı kamu taşeron firmalarından kadroya geçirilmeleri nedeniyle farklı bir ücret ve özlük hakkı tanımlanmaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenleme “Eşit İşe Eşit Ücret” ilkesine de aykırıdır. Adil ücret hakkı çerçevesindeki üçüncü ilke ise Katılım İlkesi’dir. Bir ülkede benimsenen ücret saptama yöntemleri o ülkede devlet-işveren ve çalışanlar arasındaki ilişkilere hakim olan zihniyet ve yaklaşımları ortaya koyar. Adil ücret ilkesi son yorumda bir ücret saptama yöntemi olarak karşımıza çıkar. Bunun anlamı çalışanların adil ücret hakkının gerçekleştirilmesinde etkin bir rol almalarıdır. Bu da örgütlenme ve toplu sözleşme hakkıdır. Oysa iptali talep edilen düzenleme ile kamu alt-işverenleri bünyesinde çalışırken geçiş hakkı tanınan ve kamu işyerlerine işçi kadrosuna geçişleri düzenlenen işçilerin geçiş sonrasında ücret ve diğer haklarının belirlenmesi için değil sendikalarla görüşme, bunların doğrudan toplu pazarlık hakları ortadan kaldırılarak katılım ilkesi zedelenmiştir. Bu nedenle söz konusu fıkra Anayasa’nın 55 inci Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

f) Anayasa’nın 90 ıncı Maddesine aykırılık Sorunu

Ayrıca söz konusu düzenleme Anayasanın 90. Maddesi çerçevesinde usulüne göre imzalanmış olan Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere de aykırıdır.

Bunlardan ilki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’dir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 10.12.1948 tarihinde 217 a (III) sayılı kararla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni

kabul etmiştir. Türkiye, 1949 yılında bir Birleşmiş Milletler normu olan ve 30 maddeden müteşekkil bulunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini onaylamıştır. Söz konusu beyanname, “İnsanlık topluluğunun bütün bireyleriyle kuruluşlarının bu Bildirgeyi her zaman göz önünde tutarak eğitim ve öğretim yoluyla bu hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye, giderek artan ulusal ve uluslararası önlemlerle gerek üye devletlerin halkları ve gerekse bu devletlerin yönetimi altındaki ülkeler halkları arasında bu hakların dünyaca etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilan eder.” sözcükleriyle başlamaktadır. Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam çalışmayı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişmeyi sağlamayı amaçlayan Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin, 23. maddesi çalışma hakkını düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, “1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. 4. Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.” Görüldüğü gibi Beyanname’de, “herkes” denilmek suretiyle, çalışma hakkı siyasal ve ekonomik düzen ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. Söz konusu 23 üncü Madde ile bir insan hakkı olarak tanınan haklar ne yazık ki, 7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesinde düzenlenen kamu taşeron işçilerinin geçiş sürecinde bu işçilere tanınmamıştır. Adil ücret hakkı tanınmamış, geçiş öncesi ücretlerini almaları düzenlenirken geçiş sonrasında diğer kamu işçilerinin haklarından yararlandırılmamışlar, aynı zamanda toplu pazarlık hakları da kısıtlanmıştır.

Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geniş bir şekilde ele alan ilk uluslararası belge olan “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”, 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu sözleşme TBMM tarafından 4867 sayılı Kanun’la 2003 yılında uygun bulunması üzerine aynı yıl Bakanlar Kurulu kararıyla⁴⁷ onaylanarak yürürlüğe konulmuştur

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 6’ncı maddesine göre “1. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar. /2. Bu Sözleşme’ye Taraf bir Devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir.”

7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesinde düzenlenen kamu taşeron işçilerinin geçiş sürecinde bu işçilere yönelik ilgili Sözleşmenin 6 ncı Maddesinde tanımlanan çalışma hakkının gerekleri ve bu çerçevede unsurları ne yazık ki tanınmamıştır.

İptali talep edilen düzenleme ile ilgili bir diğer uluslararası sözleşme ise Avrupa Sosyal Şartıdır. Avrupa Sosyal Şartı, 1961 yılında Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından imzalanmıştır. Türkiye, 1961 yılında imzalamış olduğu bu Ana Sözleşmeyi önemli çekinceler koyarak 1990 yılında onaylamıştır. 27 Haziran 2007 tarihinde Türkiye Gözden Geçirilmiş Şart’ı onaylamış ve 1 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla VI. Bölüm K/3 maddesi gereği Gözden Geçirilmiş

Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Şart, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen en önemli insan hakları belgelerindendir.

Avrupa Sosyal Şartı’nın birinci maddesi, “Çalışma hakkı” kenar başlığını taşımaktadır. Buna göre, “Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; /1- Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; /2- Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; /3- Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; /4- Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”

Aynı şartın Dördüncü Maddesi ile adil ücret hakkı tanımlanmış, 5 ve 6 ıncı Maddelerinde de örgütlenme ve toplu pazarlık hakları belirlenmiştir. Türkiye, bu Maddeleri kabul etmesine rağmen bazı fıkralarına çekince koymuştur. Ancak esas olarak söz konusu hakları tanımlayan maddeler kabul edilmiştir. Özellikle GGASŞ’nin dördüncü Maddesinin birinci fıkrasında “1. Çalışanların kendilerine ve ailelerine saygın bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkına sahip olduklarını tanımayı; taahhüt ederler” hükmü bulunmaktadır. Yine 5 inci ve 6 ıncı Maddelerinde de örgütlenme ve toplu pazarlık hakları düzenlenmiştir.

“Madde 5. Örgütlenme Hakkı

Akit taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma veya bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler.

Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptanır.”

“Madde 6. Toplu Pazarlık Hakkı

Akit taraflar, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere: 1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi; 2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların veya çalıştıran örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini geliştirmeyi; 3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi; taahhüt ederler ve, 4. Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve çalıştıranların, bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dâhil, ortak hareket hakkını tanır”.

Görüldüğü gibi Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının çalışma hakkı, adil ücret hakkı ve örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını tanımlayan maddeleri imzacı devletler için önemli asgari normları belirlemektedir. Bunlardan ilki ayrımcılık yapılmamasıdır. Saygın bir ücret verilmesi ve örgütlenme ve toplu pazarlık hakkına saygı gösterilmesidir.

Ancak, 7079 Sayılı Kanun ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen Geçici 23 üncü Maddesinin Altıncı fıkrasındaki düzenleme bu kriterleri karşılamadığı gibi söz konusu Şart’ta tanımlanan

haklara da aykırı hükümler içermektedir. Kamu taşeron işçileri açısından aynı nitelikteki işlerde çalışan aynı statüdeki işçilerle ücret farklılıkları yaratılmıştır. Aynı şekilde bu işçilerin örgütlenme hakları kısıtlanmış toplu pazarlık haklarını kullanmaları engellenmiştir.

Dolayısıyla söz konusu düzenleme Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da aykırılıklar taşımaktadır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrası aynı zamanda Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'ne aykırılıklar içermektedir.

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. Şöyle ki:

“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 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 etmektedir. Burada 98 Sayılı Sözleşmenin dördüncü maddesindeki ihtiyari olma özelliği yapılan düzenleme ile çelişmektedir.

ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından iptali talep edilen altıncı Fıkranın son cümlesi ile sendikalar açısından kendi imzalamadıkları bir sözleşmeye uyma zorunluluğu getirilmesi ve toplu sözleşme imzalamak için yetki başvurusu yapma haklarının YHK tarafından hükmüne bağlanan en son TİS'in yürürlük süresinin sonuna kadar ertelenmesi, işçilerin haklarını gözetecek ihtiyari bir sistemi hayata geçirememeleri anlamına gelmektedir. Bu da toplu pazarlık hakkının zedelenmesi anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu için Anayasanın 90. Maddesine aykırıdır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 23 ün Altıncı fıkrası Anayasa'nın 90 ıncı Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Sonuç olarak, iptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu, 53 üncü, 55 inci ve 90 ıncı Maddelerine aykırılıklar taşımaktadır bu nedenle iptali talep edilmektedir.

G. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yer alan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ile uzun yıllar boyunca çalışma yaşamının kanayan bir yarası olan yerel yönetimlerin işyerlerinde çalıştırılan alt-işveren işçilerinin yerel yönetimlerin bünyesindeki varolan veya yeni kurulacak bir şirketin işçi kadrolarına geçirilmeleri düzenlenmiştir.

Özellikle 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci Maddesi çerçevesinde söz konusu yasal düzenlemenin yapıldığı tarihten itibaren hizmet alımı ihalesi yöntemiyle işçi çalıştırılmasına yönelik kısıtlama yapılmış, aynı zamanda da halen çalışmakta olan belediyelerin, yerel yönetimlerin alt-işverenleri bünyesinde çalıştırılanlar için düzenleme yapılmıştır.

Yerel yönetimler ve Belediyeler açısından 5393 Sayılı Belediye Kanunu ile 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle adeta taşeron işçi çalıştırma esas istihdam rejimi haline gelmiş, yerel yönetimlerin ve belediyelerin asli faaliyetleri bu işçiler eliyle gördürülmeye başlanmıştır. Bu sistemin ortaya çıkardığı sonuç ve sorunlar ise giderek büyümüştür.

Son olarak 2014 yılında yürürlüğe giren 6552 Sayılı Yasa ile kamu çalışan alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalıştıkları döneme ilişkin izin hakları ve kıdem tazminatları hakları hususunda kamu kurumları ve yerel yönetimler sorumlu tutulmuştur.

Muvazaa durumunun getirdiği sonuç ise Türkiye'de taşeron çalışmayı farklı bir boyuta taşımıştır. 5538 sayılı yasa ile getirilen düzenlemeye rağmen Yargıtay kamu kurumlarında çalışan işçilerin açmış olduğu muvazaa tespit davalarında bu işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduklarına hükmetmiş, bu konuda da ilke kararı almıştır.

Özellikle karayollarında çalışan taşeron işçiler için yaklaşık 8500 dava açılmış, büyük bir kısmı kesin olarak sonuçlanmıştır. Aynı şekilde, üniversitelerde ve sağlık kurumlarında da açılan davalarda da Yargıtay bu işçilerin baştan itibaren kamu işçisi olduğuna hükmetmiştir. Maliye bakanlığı bugüne kadar yargı kararlarını yerine getirmemiş, dava açan işçilere yönelik işlem yapmayı reddetmiştir. Bu işçilerin büyük bir çoğunluğu sendikalara da üye olduğu için geçmişe yönelik ücret, ilave tediye, izin, kıdem tazminatı ve toplu iş sözleşmesi ile elde edilen ikramiye, sosyal yardımlara hak kazanmıştır. Ortada oldukça yüklü bir kamu zararı bulunmaktadır.

Bu gelişmeler, özellikle kamuda çalışan taşeron işçilerin dernek çatısı altında örgütlenerek yerel düzeyde lobi faaliyetlerini yoğunlaştırmaları ve kamuoyundan gelen baskılar nedeniyle büyük bir toplumsal sorun haline gelen kamuda taşeron çalıştırmanın sonlandırılmasına yönelik bir kanı oluşmuştur. Yürütme organı 696 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bu sorunu çözmeye yönelik bir düzenleme yapmış ancak bu düzenlemede kendi içinde hukuksal ve anayasaya aykırı olduğu düşünülen sonuçlar yaratmıştır. Söz konusu 696 Sayılı KHK, 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanun ile kanun haline gelmiştir.

7079 Sayılı Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ile yerel yönetimler bünyesinde çalışan taşeron işçilerinin yerel yönetimlerin bünyesindeki bir şirkete geçirilmeleri, eğer şirket kurulmamışsa da bir şirket kurularak bu şirkete geçirilişi düzenlenmiştir. Öncelikle yerel yönetimler bünyesinde çalışan taşeron işçilerin kamu kurum ve kuruluşlarındaki taşeron işçilerden farklı olarak kamu işçisi statüsünde kadroya alınmadığını belirtmek gerekir. Bunun yanında bu işçilere yönelik geçiş sürecinin kapsamı, geçirileceklerde aranacak şartlar, geçiş şartları, usulleri ve geçiş sonrası söz konusu işçilerin mali, ekonomik ve özlük haklarına ilişkin genel mevzuat hükümlerinden farklı düzenlemelerin yapıldığı da görülmektedir.

Yasa koyucu kamu hizmetlerinin yerin getirilmesine ilişkin kamu personel rejimi çerçevesinde işe alımda, özlük haklarının belirlenmesinde farklı şartlar ve haklar belirleme hususunda Anayasa’da belirlenen haklara ve uluslararası sözleşmelere uygun düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak yapılan yasaların Anayasa’da belirlenen ilkelerle ve hak ve özgürlüklerle uyumlu olması gerekir.

Hal böyle iken toplumsal bir sorun olan kamu taşeron işçilerinin sorunlarının çözümü amacıyla düzenlenen 7079 Sayılı Yasanın 118 inci Maddesi sorun çözümünde, Anayasa’da belirlenen hak ve özgürlüklere aykırı hükümler getirerek bir dizi yeni uyuşmazlık konusu yaratmıştır.

Yüce Mahkemenin önüne getirilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresi, yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak şirketlere geçişleri düzenlenen alt-işveren işçileri için getirilen başvuru şartlarını düzenleyen hükümlerden birisidir. Bu düzenleme ile yerel yönetim şirketlerine geçirilecek işçilerin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48 inci Maddesinde sayılan bazı şartları taşıması amaçlanmıştır.

Bu şartlar;

1. Türk Vatandaşı olmak,
2. Kamu haklarından mahrum bulunmamak,

3. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.

4. Askerlik durumu itibariyle; a) Askerlikle ilgisi bulunmamak, b) Askerlik çağına gelmemiş bulunmak, c) Askerlik çağına gelmiş ise muvazzaf askerlik hizmetini yapmış yahut ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak,

5. 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek akıl hastalığı bulunmamak.

6. Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak.

Söz konusu şartlardan yukarıda belirtilen 2 – 6 Nolu şartlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48 inci Maddesinin birinci fıkrasının (A) Bendinde belirtilen ““(4), (5), (6), (7) ve (8)” nolu alt bentleri ifade etmektedir.

Söz konusu düzenlemede belirtilen bu şartlar, Anayasa’nın 10 uncu Maddesinde belirtilen Kanun Önünde Eşitlik İlkesine, Anayasanın 2 nci Maddesinde belirtilen Hukuk Devleti İlkesine, Çalışma Hakkını düzenleyen 49 uncu Maddesine aykırıdır.

Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi’nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet’çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesinde iptali talep edilen ibare ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle iptali talep edilen ibare ile geçiş talebinde bulunan yerel yönetim biriminde alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda devlet memurları için öngörülen bazı şartları taşıması öngörülmüştür. Bu şartların talep edilmesi farklı statüde istihdam edilecek başvuruçular açısından Anayasa’nın 10 uncu Maddesine aykırıdır. Öncelikle, geçişlerin işçi statüsünde yapılması düzenlenmiştir. Belediyelerin varolan şirketleri özel hukuk tüzel kişileridir. Dolayısıyla 4857 Sayılı İş Kanunu çerçevesinde işlem yapılması gerekirken, yerel yönetimlerde alt işveren işçilerine şirkete geçiş için memurlar için düzenlenmiş hükümlerin uygulanması eşitsiz bir yaklaşımdır. Bu şirketlerin

kamu niteliği taşıdığı varsayılsa bile bu durumda da devlet memurları için aranan şartların bunlar açısından aranmaması gerekir. Bu işçiler için kamuya işçi alımlarındaki şartların aranması gerekir. Nitekim, kamuya işçi olarak gireceklerde aranacak şartlar KAMU KURUM VE KURULUŞLARINA İŞÇİ ALINMASINDA UYGULANACAK USUL VE ESASLAR HAKKINDA YÖNETMELİK'in 4 üncü Maddesinde belirlenmiştir.

İşçi olarak alınacaklarda aranacak şartlar

MADDE 4 – (1) İşçi olarak alınacaklarda;

a) 2527 sayılı Türk Soylu Yabancıların Türkiye’de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşı olmak,

b) 18 yaşını tamamlamış olmak,

c) Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak,

ç) Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunlarında yer alan özel şartları taşımak, şartları aranır.

Bu hükümler arasında yukarıda iptali talep edilen ibaredeki şartları taşıma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yaratılan bu durum nedeniyle belediye şirketlerine geçiş için başvurmak isteyen birçok alt-işveren işçisi ne yazık ki şartları taşımadığı gerekçesiyle başvurusunu yapamamıştır. Oysa aynı dönem içerisinde yerel yönetimlerin, belediyelerin açtığı işçi alımı ilanları yoluyla bu kamu alt-işveren işçileriyle aynı şartları taşıyan işçiler kamuda çalışmaya başlayabilmişlerdir. Örneğin Askerlik görevini yerine getirmemiş bir alt işveren işçisi belediye veya yerel yönetim şirketi geçiş için başvuru yapamaz iken, askerliğini yerine getirmemiş bir işçi yerel yönetimlerce kurulmuş bir şirkette çalışabilme olanağına sahiptir. Çünkü belirtilen kriterler işçi statüsünde çalışmak için aranmamaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu söz konusu ibarenin Anayasa'nın 10 uncu maddesine aykırılığı söz konusudur ve bu nedenle iptali gerekir.

Sosyal haklarla ilgili düzenlemeler, sosyal devlet ilkesine aykırı olamaz. Sosyal devlet ilkesi kişiler açısından özel bir hak getirmemesine rağmen, yasamayı hukuki yönden bağlayıcı bir değere sahip olmanın ötesinde, devlet için olumlu yükümlülükleri gerekli kılmaktadır.

7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesi ile düzenlenen belediyelerde veya yerel yönetimlerde çalışan alt-işveren işçilerinin belediye şirketine geçirilmesi için aranan şartlar, sosyal hukuk devleti ilkesine ilişkin yerleşik Anayasa Mahkemesi kararları ışığında devletin temel haklar konusunda olumlu edim yükümlülüğüne aykırı ve bununla çelişen olumsuz edimler ortaya çıkaran bir düzenlemedir. Anayasa Mahkemesi çok eski kararlarında da yeni kararlarında da “sosyal devlet” ilkesini yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ölçü normlarından biri olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi 1963/138 esas ve 1964/71 sayılı kararında, bu ilkenin yasamayı “Anayasaya uygun düzenleme” açısından bağladığını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi yeni tarihli kararlarında da bu yaklaşımını sürdürmüştür.

Yüksek Mahkeme 2015/67 Esas ve 2016/21 sayılı kararında sosyal hukuk devleti ilkesini ve bu ilkenin devlete getirdiği yükümlülükleri şöyle tanımlamaktadır: “Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.”

Anayasanın “insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti” ilkesi konumuz açısından özellikle önemlidir. Anayasa Mahkemesi 2015/67 Esas ve 2016/21 sayılı kararında sosyal devlet ilkesinin geniş bir yorumunu yaparak bu yönde devlete sosyal hakları geliştirme yükümlülüğü olduğu vurgulamıştır. Kararda sosyal hukuk devleti “sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren”, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan” “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten” olarak tanımlanmıştır.

Yasama organı, yasama faaliyetinde hükümleri arasında yer alan “sosyal devlet” ilkesini sosyal haklarla ilgili yasal düzenlemeler yaparken esas almak zorundadır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Yasaya eklenen Geçici Madde 24 ile düzenlenen yerel yönetimlerde çalışan alt işveren işçilerinin yerel yönetimlerin varolan veya yeni kurulacak şirketine işçi olarak geçirilmesi için işçilerde aranan şartlar, adaletsiz bir durum da

yaratmaktadır. Öncelikle, söz konusu işçilerin mevcut statüleri hukuken “yerel yönetim işçisi” statüsündedir. Yargıtay’ın verdiği çeşitli kararlar da bunu açıkça göstermektedir.

1. “Davacının davalıya ait işyerinde sürekli işlerde uzun süredir çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak, hizmet akdi davalı ile değil, taşeronla yapılmış ve kısa sürelerle taşeron olarak görünen kişi değiştiği halde davacı işini aynen ve aralıksız olarak sürdürmüştür. Davalı ile taşeron adı verilen kişi arasında yapılan sözleşmelerde, işçinin işe alınması, nitelikleri, işten çıkartılması ve ücretlerinin belirlenmesi konularında tüm yetkiler davalı kuruma tanınmıştır. Aynı işyerinde doğrudan davalı tarafından çalıştırılan işçiler de bulunmakta ve işyerinin çalışma düzeni işle ilgili talimatlar doğrudan davalı tarafından verilmektedir. Bütün bu olgular, davacının gerçekte davalının işçisi olduğunu, asgari ücretle çalıştırılabilmesi için görünümde bir taşeronun aracı olarak gösterildiğini açıkça ortaya koymaktadır. Nitekim bu doğrultudaki uygulamalar, dairemizin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararları? böyle olunca davacı, davalıya ait işyerinde çalıştığı tüm süre için, işçilik haklarını davalıdan isteyebilir” Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Esas No:1995/03521,Karar No:1995 /14038,Tarihi:04.05.1995

2. İşçi, davalı ? Bakanlığının temizlik işinde çalışmıştır. Bu konuda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu değildir. Mahkememizce davalı Bakanlık ihale makamı olarak asıl işveren durumunda olup, belirtildiği gibi davalı temizlik şirketinin elemanı olarak çalışmıştır. Dolayısıyla her iki davalının sorumluluğu söz konusu olup davalı Bakanlığın husumet itirazı Mahkememizce yerinde görülmemiştir? Dosyadaki belgelerden anlaşılabileceği üzere, davalı bakanlık ile diğer davalı işveren şirket ve yeni yüklenici firma arasında bir, devir söz konusu değildir? Bu durumda davalı işveren vekilinin iş akdinin sona erdirilmediğini, işçilerin ihaleyi alan yeni şirkette aralıksız çalışmaya devam ettiğini ve davacının işten çıkarılmaması nedeniyle kıdem tazminatına hak kazanamayacağını ve davanın reddini istemişlerse de bu talep yerinde görülmemiştir. Davacı dosyadaki belgelere göre,?tarihinden?tarihine kadar davalı işveren nezdinde çalışmıştır, çalışması kesintisizdir? Dosyadaki belgelere göre davacının çalışmasının süreklilik arz ettiği, bu durumda yasal işçi alacaklarına hak kazanamadığı yolundaki savunma Mahkememizce yerinde görülmemiştir? İşbu dava ile konusu ve davalıları aynı olarak işçi MK adına Mahkememizde 24.09.2003 tarihinde açılan 2003/98 E. Sayılı davanın kabulüne ilişkin olarak verilen 17.06.2004 gün ve 2004/572 K. sayılı ilam Yargıtay 9. Hukuk Dairesince 14.06.2005 gün ve 2004/25297 E., 2005/21133 K. sayılı ilamı ile onanarak kesinleşmiştir. Tüm toplanan deliller ile Mahkememizce verilen ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesince onanan emsal nitelikteki karar uyarınca davanın kabulü gerekli görülmüştür. Yukarıda açıklanan nedenlerle; Kıdem tazminatı isteği ile ilgili olarak davanın kabulü ile ?brüt kıdem tazminatı alacağının ?tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine, izin ücreti alacağı ile ilgili olarak davanın kabulü ile, ?izin ücreti alacağının dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müteselsilen alınarak davacı tarafa verilmesine, ,?karar verildi Ankara 13.İş Mahkemesi E.No:2003/130,K.No:2005/871,Dava T.:24.09.2003,Karar T.:17.06.2004.

3) “Mahkememizce yapılan incelemede ayrıca, Yargıtayın bu içtihadına ve açıklanan doktrin görüşlerine rağmen, davalı Karayolları Genel Müdürlüğünün muvazaalı olduğu tespit edilen dava konusu uygulamasının İş Kanununa 5538 sayılı yasayla eklenen istisna hükmü ile korunmasının Türkiye’nin taraf olduğu 94 sayılı ILO Sözleşmesine de aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu ILO Sözleşmesinin 2. maddesi incelendiğinde Kamu Kurumundan iş alan alt işverenlerin ve yüklenicilerin çalıştırdıkları işçilere ödenen hakların o bölgede veya yoksa yakın bölgede çalışan ve aynı işi yapan işçilere ödenen işçilik haklarının aynısı olması konusunda Kamu Kurumlarına yükümlülük getirdiği, buna karşın İş Kanununun 2. maddesinde getirilen hükümlerin ILO Sözleşmesinde düzenlenen hükümlere ters bir düzenleme olduğu,

Anayasa'nın 90. maddesine göre onaylanması uygun bulunup, onaylanan ILO Sözleşmeleri İç Hukuk Kuralı olarak kabul edildiğinden, Anayasaya göre Kanunların da üstünde olan ILO Sözleşmesi hükümleri ile İş Kanununda yapılan düzenleme bir birine aykırıdır. Yukarıdan itibaren açıklanan, değerlendirilen ve sayılan delillerin içerisinde yer alan ve yargılama kapsamında 17 alt işveren firma tarafından davalı Karayolları Müdürlüğü ile yapılan sözleşme içerikleri, işçilerin fiili olarak yaptığı çalışmalar ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davalı Karayollarının yaptığı hizmet alım sözleşmelerinin tarafı alt işverenlerin bordro işvereninden öteye gidemediği, söz konusu sözleşmelerin doktrin görüşü, yerleşik Yargıtay içtihatları ve taraf olduğumuz ILO Sözleşme hükümleri doğrultusunda açıkça muvazaalı olduğu anlaşılmış, davacıların statüleri ve talepleri değerlendirilerek, açık muvazaa nedeni ile davacı işçilerin başından beri davalı Karayolları işçisi olduğunun tespiti karar vermek gerekmiştir." Ankara 11. İş Mahkemesi, Esas No: 2010/871 Esas; Karar No: 2011/409 Karar, KARAR TARİHİ: 20.05.2011

Yukarıdaki Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere kamuda veya yerel yönetimlerde alt-işveren işçisi olarak uzun yıllardır çalışanlar, iş hukukumuz çerçevesinde "asıl işverenin işçisi" sayılmıştır. Dolayısıyla bu işçilerin kamu işçisi olarak tanımlanması gerekir. Nitekim, Karayolları Genel Müdürlüğü işyerlerinde çalışan işçilerin açtığı davalarda da Yargıtay benzer bir karar vermiş ve bu işçilerin Karayollarının esas işlerini yaptığını belirterek baştan itibaren işçilerin kamu işçisi olarak tanımlanması gerektiğine hükmetmiştir.

Dolayısıyla söz konusu işçilerin kadroya geçirilmesi zorunluluğu aslında yargı kararlarıyla kesinleşmiştir. Ancak çıkarılan geçiş yasası bütün bu çalıştırılan işçileri alma yerine bunlara kamu işçileri için aranmayan şartları da getirerek zorlaştırma olmuştur.

Örneğin Taşeron işçiler için getirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. Maddesinin A Bendinin 1, 4, 5, 6, 7 ve 8 numaralı alt bentlerinde belirtilen şartlardan 4 ve 5. Alt bentlerde belirtilen "kamu haklarından mahrum olmamak" ve "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına" hükümleri nedeniyle kamuoyuna yansıdığı kadarıyla birçok taşeron işçisinin belediye şirketlerine geçme talebi bu nedenle reddedilmiştir. Bu düzenleme, Anayasaya aykırı bir düzenlemedir ve adil değildir.

Özünde yerel yönetimlerin ortak olduğu şirketler birer kamu iktisadi teşekkülü olduğu için Kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak çalışacaklarda aranacak kriterlerin bu kişilerde de aranması gerekir. Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 4. Maddesinde belirlenen şartların aranması gerekir. Bunlar arasında "kamu haklarından mahrum olmamak" ve "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına" mahkum olmamak bulunmamaktadır. Ayrıca, 4857 Sayılı Yasa'nın 30. Maddesi uyarınca kamuda yüzde iki oranında "eski hükümlü" çalıştırılmaktadır. Kamu alt-işveren işçilerinin kadroya geçirilmeleri için bu yönde bir şartın getirilmesi, adil bir düzenleme olmadığı gibi hukuk devletinin en önemli özelliği olan hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerine de aykırıdır.

Sosyal hukuk devletinin özellikleri arasında sosyal adaleti sağlamak da bulunmaktadır. Bu düzenleme ile sosyal açıdan zayıf durumda olan yurttaşların korunmasını içerir. Cezasını çekmiş bir yurttaşın, çalışma hakkının elinden alınması sosyal adalet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Devletin görevi bu insanların topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Bu nedenle sosyal hukuk devleti olma yükümlülüğünü zedeleyici bir durumla karşı karşıya bulunmaktayız.

Bu nedenle söz konusu ibare Anayasa'nın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır, iptali gerekir.

Çalışma en temel haklardan biridir. Çalışma hakkı hem evrensel insan hakları metinlerinde hem de ulusal anayasalarda düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında sosyal haklar bölümünde açıkça düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin evrensel ilke doğrultusunda diğer temel haklarda olduğu gibi çalışma hakkı da önemli sınırlamaları içermektedir. Yani, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar (ödevler) taşımaktadır.

Çalışma hakkı kavramı tek bir hakkı ifade etse de çalışma hakkı ile ilgili birçok hakkı da içinde barındırır, bu anlamda çalışma haklarından bahsetmek mümkündür. Anayasada düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı bu kapsamdadır

Anayasamızın 49 uncu maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.” Hükmü bulunmaktadır.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır. Anayasa'nın 5. maddesinde, ‘İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama’ Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde Anayasamızda devlete çalışanlarının sağlıklarının korunması görevini de verdiği görülmektedir.

Hal böyle iken 7079 Sayılı Yasa ile 375 Sayılı KHK'ya eklenen Geçici 24 üncü Maddenin birinci fıkrası ile getirilen ve iptali talep edilen şartlar nedeniyle çalışma hakkını zedelemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere yargı kararlarıyla hukuken kamu işçisi olarak tanımlanmış olan bu işçiler için bunların kadroya geçişlerini zorlaştıran ve kamuya işçi alımları için aranmayan şartların bunlar için aranması, aynı şekilde bu çalışanların çalışma hayatı dışına itilmesi, işsiz bırakılması Anayasanın özüne ve ruhuna aykırıdır. Çalışma hakkının korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 49. Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresi Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 49 uncu Maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Ğ. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen 375 Sayılı Kanun Hükmünde

Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının birinci Fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlğine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin, 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 alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı Anayasının 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı maddelerine aykırıdır.

A) Anayasının 2 inci Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 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, Anayasa'ya 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'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan çalışma yaşı sınırı 65'dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğer görevliler hakkında sınırı belirlenmiş önceden öngörülmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi ile yerel yönetimler bünyesinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olanların yine yerel yönetimlerin varolan veya yeni kurulacak bir şirketinin işçi kadrolarına atanmalarını düzenleyen hükme bu kişilerin başvuru yapma için emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamak şeklinde bir şart koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişiler için ayrı bir sistemin kurulması yanlıştır. Yargı kararlarıyla daha önceden belediye veya yerel yönetim işçisi oldukları tanımlanmış olmaları ve bu işyerlerinde geçişten önce de çalışmaya devam ettikleri için ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa’nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir işe, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu işçisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir. Halihazırda belediyelerde veya yerel yönetimlerde çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer işçilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi, Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi yerel yönetimlerde alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilerin belediye veya yerel

yönetimlerin kurmuş veya kuracağı bir şirkete işçi statüsünde geçişleri için emeklilik, yaşlılık, malullük aylığına hak kazanmamış olma şartı getirilmiştir. Bu husus emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı alanların durumundan farklıdır. Mevcut sosyal güvenlik hukukumuzda göre sigortalılar, 5510 Sayılı Kanunun 25 inci ve 28 inci maddelerinde belirlenen primi ödeme sürelerini, yaş koşulunu ve 1999 öncesinde sigortalı olarak çalışmışlarsa sigortalılık süresini tamamlamaları halinde, engelli olarak çalışmakta iseler engellilik oranlarına göre sigortalılık sürelerini ve prim ödeme gün sayılarını tamamlamaları halinde uzun vadeli sigorta kolları açısından emekli olmaya hak kazanabilirler. Bir hakkın varlığı ile bu hakkın kullanımı birbirinden ayrı konulardır. Hakkın kullanımı açısından Anayasamız konunun öznesi olan sigortalının iradesini esas irade olarak düzenlemiştir. Nitekim, mevcut kamu işçileri ve diğer kamu görevlileri de bu esas dahilinde kamuda çalışma üst sınırı olarak tanımlanan ve halihazırda emeklilik yaşı olarak belirlenmiş 65 yaşa kadar bu haklarını eğer yukarıda belirtilen koşulları sağlamışlarsa istedikleri tarihte kullanabilmektedirler. Belediye şirketlerinin özel hukuk tüzel kişisi olduğu düşünülürse bu durumda bu şirketlerde çalıştırılanlar açısından bir üst sınır yaşının olmadığı da söylenebilir. Hal böyle iken yerel yönetimlerde alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilere geçiş için ön şart olarak diğer işçiler için aranmayan bir şartın getirilmesi kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Burada kamuda işe alınma yaşının varlığı nedeniyle bir yaş koşulunun bulunması nedeniyle bu düzenlemenin makul ve eşitlikçi bir yaklaşımı temsil ettiği belirtilebilir. Ancak, yerel yönetimlerde alt-işveren işçisi olarak çalışan işçiler açısından bu yaş koşulunun geçerli bir koşul olarak belirlenebilmesi için ilk defa yerel yönetimler alt-işverenleri bünyesinde kamu işyerlerinde çalışmaya başladıkları tarihteki yaş koşulunun dikkate alınması halinde bu kıstasın hakkaniyetinden bahsedilebilir. Çünkü, bu işçiler halihazırda uzun yıllardır yerel yönetimlerin işyerlerinde çalışmalarına devam etmektedirler. Dolayısıyla ilk işe alım tarihinde eşitlik yapılması gerekir. Oysa 7079 Sayılı Kanun bu kişilerin alt-işveren yanında çalıştıkları sürelerin yargı kararıyla kamuda çalışma olarak tanımlanmasına rağmen dikkate almamaktadır. Söz konusu düzenlemede diğer yerel yönetim işçilerine tanınan haklar ve koşullar ile bunlar için oluşturulan koşullar birbiriyle uyumlu değildir, bu tür işçilere yönelik bir ayrımcılık yapılmıştır. Örneğin, yerel yönetim birimlerine engelli statüsünde işçi alımlarında böyle bir şart öngörülmemekte iken aynı sigortalılık süresine ve engellilik oranına ve prim ödeme süresine sahip bir yerel yönetim alt işveren işçisi engelli olarak emekliliğe hak kazanmış olması nedeniyle kadroya geçiş hakkına sahip olmazken diğer engelli işçi yerel yönetimlerin işyerlerinde çalışma hakkı kazanabilmektedir. Bu husus eski hükümlüler için de geçerlidir. Bu da 7079 Sayılı Kanunun 118 inci maddesi ile yaratılan bir ayrımcılıktır ve aynı statüde olan kişilere farklı işlem yapıldığından kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşıkardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanmadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen "Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak" şartı ibaresi yerel yönetimlerde alt-işveren işçisi olarak çalışan işçilerin yerel yönetimler bünyesinde kurulmuş veya kurulacak olan şirkete işçi statüsünde geçişleri için emeklilik, yaşlılık, malullük aylığına hak kazanmamış olma şartı getirilmiştir. Bu düzenleme ile yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışan kişilerin başvuru hakkını ortadan kaldırarak çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmış olmaları nedeniyle başvuru yapamayacağını ve geçiş için öngörülen son süreden sonra iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması, hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa'nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliği sağlamak için kurumsal yapılaştırmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür.

Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken, sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; "Türkiye'nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği" hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

Mevcut sosyal güvenlik hukukumuzda göre sigortalılar, 5510 Sayılı Kanunun 25 inci ve 28 inci Maddelerinde belirlenen primi ödeme sürelerini, yaş koşulunu ve 1999 öncesinde sigortalı olarak çalışmışlarsa sigortalılık süresini tamamlamaları halinde, engelli olarak çalışmakta iseler engellilik oranlarına göre sigortalılık sürelerini ve prim ödeme gün sayılarını tamamlamaları halinde uzun vadeli sigorta kolları açısından emekli olmaya hak kazanabilirler. Bir hakkın varlığı ile bu hakkın kullanımı birbirinden ayrı konulardır. Hakkın kullanımı açısından Anayasamız konunun öznesi olan sigortalının iradesini esas irade olarak düzenlemiştir. Nitekim, Kamuda çalışma yaşının üst sınırı olarak da 65 yaşının belirlenmiş olması bu savı destekler niteliktedir. Kamuda çalışan bir kişi, emekliliğe hak kazanmış olsa da istediği takdirde 65 yaşına kadar çalışma hakkına sahiptir. Yerel yönetimlerin bünyesinde kurulan şirketlerde çalışan işçiler için çalışmanın sonlandırılmasına ilişkin böyle bir üst yaş sınırı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir hakkın varlığını başvuru yapmaya engel bir durum olarak tanımlama sosyal güvenlik hakkıyla bağdaşmamaktadır.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, yerel yönetimlerde halen çalışmakta olan alt-işveren işçileri için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak, başvuru koşullarını yerine getirilmediğinden bahisle bu alt-işveren işçilerini zorla emekliliğe sevk etmektedir. Bu düzenlemenin, Sosyal Güvenlik Kurumunun finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa'nın 65 inci maddesindeki Devlet'in sosyal güvenlik

sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye’de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, Sosyal Güvenlik Kurumunun aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir biçimde belirlenmeden yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerde işçi statüsünde çalışmaya başlayacak alt-işveren işçileri için halihazırda bu işyerlerinde uzun yıllardır çalışan bu işçiler açısından dikkate alınmaması sosyal güvenlik hakkını zedeleyici bir durum olduğu kadar, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınamaz.

Diğer yandan bütün kamu görevlileri için çalışma yaş sınırının 65 olarak düzenlenmesine rağmen kamu işyerlerinde çalışan ve yargı kararlarıyla ilk çalışmaya başladıkları tarihten itibaren yargı kararlarıyla baştan itibaren kamu işçisi sayılan kamu alt-işveren işçileri için bu hakkın dikkate alınmaması, bunlara yerel yönetimlerde işçi kadrolarına geçirilebilmeleri için emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olma şartı getirilmesi nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığı da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde olan kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir. Yukarıda belirtilen nedenlerle söz konusu düzenleme Anayasanın 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (b) bendi ile getirilen “Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak” şartı ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırı olduğundan iptali talep edilmektedir.

H. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün birinci Fıkrasının (c) bendinin Anayasa’ya aykırılığı

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (c) bendi ile getirilen “Bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak,” şartı ibaresi ile yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan bir şirketin işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları

döneme ilişkin olarak açtıkları her türlü davadan veya dava sonuçlanmışsa alacakları için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmeleri şartı getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edici niteliktedir.

a. Sosyal Devlet İlkesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesi devletin nitelikleri arasında "sosyal" hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin defaaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olmasıdır. "...Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı haline getirilen davalardan veya icra takiplerinden feragat zorunluluğu, işveren karşısında daha güçsüz durumda olan işçileri, güvenceli olduğunu düşündüğü işçi kadrosuna geçme hakkını kaybetme endişesiyle haklarından vazgeçmeye zorlayacak ve eşit güce sahip olmayan taraflar arasında adaletsizliği arttırıcı işlev görecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesiyle düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı olarak feragat edilmesi zorunluluğu öngörülen davaların veya icra takiplerinin tarafları yerel yönetim işverenleri veya yerel yönetim alt-işverenleri ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek için çalışmak zorunda oldukları için güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir: işçinin korunması ve işçi yararına yorum. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Yerel yönetimlerde bir istihdam statüsüne başvuru hakkı için işçilerin Anayasa'nın 40 ıncı Maddesinde "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." Hakkına dayanan açtıkları davalardan feragat etmelerini, kazandıkları davalar nedeniyle ödenmeyen alacaklar için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmelerinin zorunlu şart haline getirilmesi ile işçiler doğrudan haklarından vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu da doğal olarak işçilerin çalışmalarından doğan haklarını ortadan kaldıracı bir etki yaratacaktır. Bu şartın getirilmesi neticesinde işçilerin, çalışmalarından dolayı ortaya çıkan alacak ve haklarının yargı yoluyla

dahi alamaması ortaya çıkacaktır ve bunun da hukuken zorunlu tutulduğu bir düzenleme, sosyal devlet ilkesi ile çelişmektedir.

Temel hak ve özgürlükler müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir. Oysa iptali talep edilen düzenleme ile işçiler çalışma edimini yerine getirmesine rağmen hukuken elde etmeleri gereken hakları yargı yoluyla alma hakkından zorunlu olarak vazgeçmeye zorlanmaktadır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur.

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 devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Kamu yararını gözetmeyen iptali talep edilen hüküm, belirtilen nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ile düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

b. Hak Arama Özgürlüğü ve Mahkemeye Erişim Hakkına Aykırılık

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev'i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri

durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir.” denilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.)

Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19)

İptali talep edilen düzenleme işçilerin hak arama özgürlüklerine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir.

Yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerde işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için söz konusu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin olarak açtıkları her türlü davadan veya dava sonuçlanmışsa alacakları için başlattıkları icra takiplerinden vazgeçmeleri şartı getirilmiştir. Usulüne uygun olarak açılmış davalardan ve icra takiplerinden feragatin bir başvuru şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Bu şartın getirilmesi devlet gücünü kullananların “yerel yönetim alt-işverenleri” ile işçiler arasında gerçekleşen hukuki uyuşmazlıklara müdahale ederek “yerel yönetim alt-işverenleri”nin çıkarına olacak bir uygulamayı zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Bir diğer deyişle Yasa koyucu, yerel yönetim alt-işverenlerin sorumluluklarını, yerel yönetim işverenlerine yönelik yargı kararlarını ortadan kaldırmayı hedefleyerek baştan itibaren bu işçilerin kendi işçileri olduğunun bilinciyle bu işçilerin dolaylı olarak devlet kurum ve kuruluşları aleyhine açtıkları davaları, yargı yoluyla sonuçlandırmak yerine bu dava yolunu kapatmayı, açılan davaları geri çekirtmeyi hedefleyerek kamu işyerlerinde ucuz işçi olarak çalıştırdığı bu işçilerin haklarını, alacaklarını yok ederek bir kez daha mağdur bırakmaktadır.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Bağımsız bir yargı organına yapılmış bir başvurunun ve yargılamanın feragat yoluyla sonlandırılmasını veya bir mahkemenin vermiş olduğu kararın uygulanmaması nedeniyle alacağın tahsili için başlatılan icra takibinden vazgeçmeyi, başvuru önşartı olarak güçsüz olan işçiye dayatmak hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa’nın 36 ncı maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

I. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi

ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün birinci Fıkrasının (ç) bendinin Anayasa’ya aykırılığı

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının (ç) bendi ile getirilen “En son çalıştığı idare veya şirket ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek” şartı ibaresi ile yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen yerel yönetimlerin kurmuş veya kuracağı şirketin işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin doğmuş veya ileride doğacak hakları için dava açmayacağını belirten bir sulh sözleşmesi imzalama şartı getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edici niteliktedir.

a. Sosyal Devlet İlkesine Aykırılık

Anayasa’nın 2 nci maddesi devletin nitelikleri arasında “sosyal” hukuk devleti ilkesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin defaaten değerlendirdiği üzere sosyal bir hukuk devletinin anlamı, devletin güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve dolayısıyla toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü olmasıdır. “...Anayasa’nın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.” (Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.10.2009 tarihli ve E.2006/119, K.2009/145)

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı haline getirilen kamu işyerlerinde taşeron işçi olarak çalıştıkları döneme ilişkin iş hukuku çerçevesinde doğmuş bulunan, ücret, fazla mesai alacağı, izin, kıdem tazminatı hakkı gibi çeşitli haklardan veya bu hakların somutlanmış ve alacak haline gelmiş olduğu durumlarda bu alacaklarını almayacaklarına ilişkin feragatname niteliğinde bir sulh sözleşmesi imzalama zorunluluğu, işveren karşısında daha güçsüz durumda olan işçileri, güvenceli olduğunu düşündüğü işçi kadrosuna geçme hakkını kaybetme endişesiyle haklarından vazgeçmeye zorlayacak ve eşit güce sahip olmayan taraflar arasında adaletsizliği arttırıcı işlev görecektir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesiyle düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

İptali talep edilen düzenleme ile başvuru şartı olarak feragat edilmesi zorunluluğu öngörülen hak ve alacakların tarafları kamu işverenleri veya kamu alt-işverenleri ve işçilerdir. İşverenlerin sahip oldukları olanaklar bakımından güçlü, işçilerin ise tek geçim kaynaklarının emekleri olması ve hayatlarını sürdürmek için çalışmak zorunda oldukları için güçsüz konumda bulunduğu evrensel bir gerçektir. Sosyal devletin işlevi, eşit olmayanlar arasındaki iş ilişkisinde güçsüz durumda olan işçilerin sömürülmesini engelleyecek tedbirleri almaktır. Bu amaçla sosyal hukuk devletlerinde iş hukuku ve iş yargısı iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir: işçinin

korunması ve işçi yararına yorum. İş hukuku düzenlemelerinin temelini işveren karşısında güçsüz konumda olan işçinin korunması oluşturur. İş yargısı alanında ise mevzuatta belirsizlik veya boşluk olduğunda işçi lehine karar alınmasını öngören işçi yararına yorum ilkesi geçerlidir. İşçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri, iş hukuku ve yargısını diğer hukuk dallarından ayırıştırır ve özgün hale getirir. Bu ilkeler anayasal sosyal devlet ilkesinin iş hukuku alanındaki yansımalarıdır.

Kamuda bir istihdam statüsüne başvuru hakkı için işçilerin Anayasa'nın 40 ıncı Maddesinde "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." Hakkına dayanan yargı yoluna başvurmayacaklarını belirtmelerinin talep edilmesi, dava hakkından vazgeçmelerinin zorunlu şart haline getirilmesi ile işçiler doğrudan haklarından vazgeçmeye zorlanmaktadır. Bu da doğal olarak işçilerin çalışmalarından doğan haklarını ortadan kaldıracı bir etki yaratacaktır. Bu şartın getirilmesi neticesinde işçilerin, çalışmalarından dolayı ortaya çıkan alacak ve haklarının yargı yoluyla dahi alamaması ortaya çıkacaktır ve bunun da hukuken zorunlu tutulduğu bir düzenleme, sosyal devlet ilkesi ile çelişmektedir.

Temel hak ve özgürlükler müzakere edilebilir, vazgeçilebilir, devredilebilir, satın alınabilir nitelikte değildir. Oysa iptali talep edilen düzenleme ile işçiler çalışma edimini yerine getirmesine rağmen hukuken elde etmeleri gereken hakları yargı yoluyla alma hakkından zorunlu olarak vazgeçmeye zorlanmaktadır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanırken belirli sınırlamalara tabidir. Bu sınırlamalardan ilki kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken kamu yararını gözetmesi zorunluluğudur. Kanun koyucu kural oluştururken tarafsız davranmak zorundadır. Oysa bu düzenlemede kanun koyucu işveren gibi çıkar amacı gütmüş ve yerel yönetimlerde taşeron olarak çalışan işçilerin yerel yönetim şirketlerinin kadrosuna geçirilmelerinden sonra kamuda taşeron işçi olarak çalıştıkları dönemde ortaya çıkabilecek hukuksuzluk durumlarına ilişkin yargı yoluna başvurmalarını engelleyici bir düzenlemeyi geçiş için ön şart olarak getirmiştir.

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 devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. (29.3.2017 Tarihli, E: 2016/168, K:2017/82 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı). Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayması sonucunu yaratan bir niteliktedir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılmasındaki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkesiyle sınırlıdır. Kamu yararını gözetmeyen iptali talep edilen hüküm, belirtilen nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ile düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

b. Hak Arama Özgürlüğü ve Mahkemeye Erişim Hakkına Aykırılık

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hakların gerçekleşmesi için bir nev’i önkoşuldur. Hukuk devleti ilkesi, kişiler lehine getirilen hak ve imkânların aynı zamanda erişilebilir olmasını da gerektirmektedir. Bu haklardan yararlanılmasını imkânsız kılan veya aşırı derecede zorlaştıran prosedür hakkın varlığını anlamsız kılacağından hukuk devleti ilkesine aykırı olur. (Anayasa Mahkemesi Kararı : 22.5.2014 tarihli 2014/73 E., 2014/98 K.). Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri Anayasa’da düzenlenen hak arama özgürlüğüdür. Anayasa’nın 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz” denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımından güvencesi olarak kabul edilmektedir.” denilmiştir. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.03.2010 tarih ve 2007/33 E., 2010/48 K.)

Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. (Anayasa Mahkemesi Kararı, 14.06.2017 tarih ve 2017/24 E., 2017/112 K., para.19)

İptali talep edilen düzenleme işçilerin hak arama özgürlüklerine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına doğrudan bir müdahale anlamına gelmektedir.

Yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen yerel yönetim şirketlerinin işçi kadrolarına geçirilmeleri için başvurabilmeleri için kamu işyerlerinde taşeron olarak çalıştıkları döneme ilişkin olarak yerel yönetim şirketine geçtikten sonra yargı yoluna başvurarak haklarını ve alacaklarını talep etme hakkından vazgeçmeleri şartı getirilmiştir.

İş hukuku çerçevesinde çalışma edimini yerine getirmiş olan işçi, çeşitli kanunlarda belirlenen hak ve alacaklara hak kazanır. Örneğin ücret hakkı bunlardan birisidir. Kıdem tazminatı hakkı bunlardan birisidir. Yıllık izin hakkı, hafta tatili hakkı gibi dinlenme hakkı bunlardan birisidir. İşverenlerin iş ilişkisinin tarafı olarak doğmuş bulunan bu hakların kullandırılmasını veya alacak haline gelmiş hakları ödeme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu hakları kullanma veya doğmuş olan alacakların tahsili için yasalar belirli zamanaşımı süreleri tanımlamıştır. Dolayısıyla işçi bu süreler dâhilinde bu alacakları ödenmediği veya bu hakları kullandırılmadığı takdirde doğal olarak yargıya başvurup bu alacaklarını veya haklarını alabilir.

Yargı yoluna başvuru hakkını kısıtlayan herhangi bir sözleşme veya kanuni düzenleme ise Anayasa'nın 36 ncı Maddesine aykırılık taşır.

Hal böyle iken yasa koyucu, bu açık hak arama hakkını kısıtlayıcı bir düzenlemeyi başvuru önşartı olarak kamu taşeron işçilerine dayatarak bu tür haklarını veya alacaklarını almalarını önleyici bir düzenleme yapmaktadır. Örneğin kıdem tazminatı hakkı 4857 Sayılı Yasa çerçevesinde çalışan bütün işçilere tanınan bir haktır. Kıdem tazminatına hak kazanma koşullarını kazanmış bir işçi 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. Maddesi çerçevesinde emekli olduğunda ya da iş kanununun 20 nci maddesi çerçevesinde geçerli nedenle iş akdi sonlandığında bu tazminatını alabilir. 6552 Sayılı Yasanın 8 inci Maddesi ile kamu işyerlerinde çalışan kamu alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalışmalarından doğan kıdem tazminatlarından doğrudan kamu kurumlarının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. İptali talep edilen düzenleme ile alt-işveren işçilerinin kamu işyerlerinde çalışmalarından doğan kıdem tazminatı hakkında veya alacağından vazgeçmesi istenmektedir. Zira iptali talep edilen düzenlemede açıkça ““En son çalıştığı idare veya şirket ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek” hükmü bulunmaktadır. “Herhangi bir hak ve alacak” ibaresi söz konusu kıdem tazminatı hakkını da içermektedir. Buna izin hakkını, fazla mesai alacağı hakkını, ücret hakkını da ekleyebiliriz.

Görüldüğü üzere iptali talep edilen düzenleme ile işçinin yeni bir istihdam ilişkisinin tarafı olabilmesi için işçinin önceki çalışmasıyla ilgili olan hak ve alacaklarından vazgeçmesini yeni sözleşmesinin hayata geçmesinin ön koşulu olarak öne sürülmektedir. Bu durum işçinin hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir. İşçinin hak ve alacaklarından vazgeçmesinin bir başvuru şartı haline getirilmesi, hak arama özgürlüğünü ve mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Bu şartın getirilmesi devlet gücünü kullananların “yerel yönetim alt-işverenleri” ile işçiler arasında gerçekleşen hukuki uyuşmazlıklara müdahale ederek “yerel yönetim alt-işverenleri”nin çıkarına olacak bir uygulamayı zorlanmasından başka bir anlam ifade etmemektedir. Bir diğer deyişle Yasa koyucu, kamu alt-işverenlerin sorumluluklarını, kamu işverenlerine yönelik ileride ortaya çıkabilecek yargı kararlarını ortadan kaldırmayı hedefleyerek baştan itibaren bu işçilerin kendi işçileri olduğunun bilinciyle bu işçilerin dolaylı olarak devlet kurum ve kuruluşları aleyhine açacakları davaların önünü kapamayı hedeflemektedir.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme çabasının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ise tam tersi işleve sahiptir. Halihazırda doğmuş hak ve alacaklar için ileride açılacak davalardan vazgeçmeyi, başvuru önşartı olarak güçsüz olan işçiye dayatmak hak arama özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36 ncı maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne aykırıdır.

Açıklanan tüm bu gerekçelerle düzenleme Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık teşkil eder, iptali gerekir.

İ. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi

ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün birinci Fıkrasının Dördüncü Cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin, 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 alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlüdür.

Hal böyle iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün birinci fıkrasının dördüncü cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile yerel yönetim işyerlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin yerel yönetim birimlerinin kurmuş olduğu veya kuracağı şirketlerde işçi kadrolarına geçirilmelerinden sonra çalışabilecekleri sürelerle yönelik bir kısıtlama getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine, çalışma hürriyetine ve sosyal güvenlik hakkına aykırılıklar taşımaktadır. Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırıdır.

a. Anayasanın 2 inci Maddesine Aykırılık

Anayasa’nın 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, Anayasa’ya 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’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri için yasa ile belirlenmiş olan çalışma yaşı sınırı 65’dir. İşçi personel için ise bu yaş haddi 5510 Sayılı Yasa ile saptanmış ve bu yaş haddi de 65 olarak tanımlanmıştır.

Kamuda çalışmakta olan kamu görevlileri ve diğer görevliler hakkında sınırı belirlenmiş önceden öngörülmüş böyle bir düzenleme bulunmakta iken 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile yerel yönetim birimlerinde alt-işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerin Yasada belirlenen yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerin işçi kadrolarına geçirilmelerinden sonra çalışabilecekleri sürelere yönelik bir kısıtlama getirilmiştir. Bu düzenleme aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi sosyal devlet ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine, çalışma hürriyetine ve sosyal güvenlik hakkına aykırılıklar taşımaktadır. Yerel yönetim şirketlerinin işyerlerinde işçi statüsünde çalışmaya başlayacak kişilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibariyle iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair ibare koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin işverenlerinin değişmesi (aslında statüde değişmemiştir, yargı kararlarıyla kamu işçisi olarak tanımlanmış bu kişilere hakları verilmiştir) nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı yaş hadleri tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa’nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve memur veya diğer kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla

makul nedeni olmayan ve ölçüsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Halihazırda kamuda çalışmakta olan kişiler açısından bu kuralların özellikle çalışma yaşamından kendi rızası dışında çıkarılmalarını, kendileriyle aynı statüde olan diğer görevlilerden farklı muameleye tabi tutulmalarını öngören bir düzenlemenin sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b. Anayasanın 10 uncu Maddesine Aykırılık

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi ile getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 06.01.2005 günlü, E.2001/479, K.2005/1 sayılı kararında belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, Devlet'çe, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasına elverişli ortamın yaratılması ve bu anlamda sosyal güvenlik alanında getirilecek bir haktan, aynı sosyal güvenlik kurumu içinde yer alan ve temelde birbirine yakın konumda bulunan tüm sigortalıların “dengeli ve makûl” ölçüler içinde yararlanmalarını öngören düzenlemelerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine bu kararda, aynı sosyal güvenlik sistemi içinde bulunan, aynı sosyal risklere karşı asgari ölçüde güvence altına alınan ve aynı kurallara bağlanan sigortalıların aynı hukuksal statü içinde özdeş durumda bulunan kişiler olduğu, aynı durumdaki kişilerin, yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmalarının ise eşitlik ilkesinin gereği bulunduğu açıklanmıştır.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi ile yapılan düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 111/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının Dördüncü cümlesi getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile yerel yönetim işyerlerinde alt işveren işçisi olarak çalışmakta iken yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak şirketlerin işçi kadrolarına geçirilen işçilerin çalışma hakkını sınırlandıran ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibariyle iş ilişkilerinin sonlandırılacağını düzenlemektedir.

Bir diğer deyişle bu çalışanlar isteseler dahi emeklilik, yaşlılık veya malullük hakkı kazandıkları tarih itibariyle geçirildikleri statülerini koruyamayacaklardır. Geçirildikleri statüde çalışan diğer personelin haklarından da yararlandırılmamaktalar ve farklı hükümlere tabi kılınmaktadırlar. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz. Ancak bu kanun değişikliğiyle iki farklı işçi statüsü ortaya çıkmaktadır. Birinci statüde çalışan işçiler, 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda belirtilen yaş haddi olan 65 yaşında emekli olurken bu kanun değişikliğiyle şirket işçisi statüsüne geçirilen taşeron işçileri ise bu yaştan farklı olarak 4447 Sayılı Yasa ile belirlenmiş olan kademeli yaşlara göre emekli edileceklerdir. Emekliliğe hak kazanma ile kamuda belirli bir yaştan sonra çalışmama birbirinden farklı durumlardır. Yine geçişi yapılan bu personele ücret ve özlük hakları açısından da farklı uygulama yapılmaktadır. Yaratılan bu durum nedeniyle kamuda çalışmaya yeni başlayan bir işçi personel ile halihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde fiilen kamu alt-işveren işçisi hukuken kamu işçisi olarak çalışan ancak bu madde hükmü nedeniyle kamu işçisi statüsüne geçirilen personel açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşikardır. Kamu kurum ve kuruluşlarında artık hakları ve emeklilik yaşları farklı olan iki çeşit işçi olacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)).

“Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)).

Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c. Anayasanın 60. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı bir özelliğe sahiptir. Yasalarda emeklilik yaşının kesin olması nedeniyle, sigortalı, yarınını bu güvenlik içinde planlamaktadır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliğini sağlamak durumundadır. Bu sağlanamadığı takdirde sosyal güvenlik kavramından da bahsedilemez. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden ve kamu görevlisi olmalarından sonra bu statüde kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu tür düzenlemeleri yapan kanunların, ancak yayımlandıkları tarihten itibaren işe girecekler için uygulanması veya getirdikleri yeni statüye, kazanılmış hakları koruyacak makul, adil ve ölçülü bir geçiş sağlanması halinde, değinilen aykırılıklar giderilebilir.

Söz konusu 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi ile getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi ile yerel yönetimlerin çeşitli işyerlerinde alt işveren işçisi olarak çalışmakta iken yerel yönetim şirketlerinin işçi kadrolarına geçirilen işçilerin çalışma hakkını sınırlayan ve bunların yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarih itibarıyla iş ilişkilerinin sonlandırılacağına dair eklenen ibare ile yapılan düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmaktan uzak bulunması, hukuk güvenliği, sosyal adalet, sosyal güvenlik hakkı ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 5 inci maddesinde ise kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa'nın 60 ıncı maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Devlet, sosyal güvenlik işlevini Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ - Kur gibi sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile yerine getirmektedir. Kuşkusuz, sosyal güvenliği sağlamak için kurumsal yapılaştırmayı gerçekleştiren devlet; onu korumakla da yükümlüdür.

Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi, yasama organının kanunları kabul ederken, sosyal güvenlik kurumlarını güçlü bir malî yapıda tutmasını ve aktüeryal denge hesabını gözetmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında; "Türkiye'nin demografik yapısı konusunda veri olarak kabul edilen resmi belgelerde ortalama yaşam süresinin yükseldiği, buna karşın, sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalışanların emeklilikleri için öngörülen yaş haddi ve prim ödeme gün sayısının düşürülmesinin kurumların finansman sorununun daha da büyümesine yol açtığı, sosyal güvenlik kuruluşlarının işlevlerini yerine getirebilmeleri için belirtilen olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacı ile çalışanların emekli yaş haddi ve prim ödeme gün sayılarının belirli bir ölçü ve denge gözetilerek yükseltilmesinin sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği" hususlarına dikkat çekilerek; emeklilik yaş sınırının yükseltilmesinin Anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

7079 sayılı Kanun ise, Anayasa Mahkemesi kararında ifade edilen görüşlere ters bir yaklaşımla, kamuda halen çalışmakta olan personelden sadece bir kısmı için 65 olan zorunlu emeklilik yaş haddinin dışında farklı yaş hadleri tanımlayarak kişileri zorla emekliliğe sevk etmektedir. Bu düzenlemenin, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun finansman sorununun daha da büyümesine yol açacağı, bu durumun ise, Anayasa'nın 65 inci maddesindeki Devlet'in sosyal güvenlik sistemini ve kurumlarını koruma görevi ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü resmî istatistikler Türkiye'de nüfusun giderek yaşlanmakta olduğunu ve önümüzdeki yıllarda 60 yaş üstü nüfusun toplam nüfustaki payının yakın geçmişle karşılaştırılamayacak kadar yükseleceğini ortaya koymaktadır. Bunun sonucunda da, yaşlanan nüfusun sosyal güvenlik harcamalarına getireceği yük, zorunlu emeklilik yaş sınırının düşürülmesi ile daha da artacaktır. Böyle bir durumun, SGK'nın aktüeryal dengelerini hızla bozacağı ortadadır.

Zorunlu emeklilik yaş sınırının makul, adil ve ölçülü bir kademeli geçiş sağlanmadan statüsü değiştirilen kişiler için değiştirilmesi, kamu yönetimindeki insan kaynağının yetiştirilmesi, hizmette aksama ve yönetim boşluğu olmaması amacıyla yürütülen plan ve programların kesintiye uğramasına neden olacağı da yadsınmaz.

Diğer yandan söz konusu taşeron işçilerin yerel yönetim şirketlerinde işçi statüsüne geçtikten sonra görevleri ile ilişkilerinin kesilmesini gerektiren yaş sınırının 65'ten farklı bir yaş olarak tanımlanması nedeniyle, Anayasamızın 48 ve 49 uncu maddesindeki çalışma hak ve özgürlüklerinin, Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı bir biçimde sınırlandırıldığı da söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır. Çağdaş demokrasilerde görülen zorunlu emeklilik yaş sınırının altında bir yaş sınırı belirlenerek, kişilerin çalışma hak ve özgürlüğü ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlandırma, aynı zamanda, Anayasada söz konusu hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde gösterilen sınırlandırma nedenlerine de uygun değildir.

Avrupa Birliği'nin 2000/78/EC sayı ve 27 Kasım 2000 tarihli Konsey direktifinin 25 sayılı paragrafında, iş yaşamındaki yaşa dayalı ayrımcılığın kaldırılmasının gerekliliği ifade

edilirken; söz konusu direktifin 18 inci maddesinde de üye devletlere bu konuda 2003 yılı sonuna kadar önlem almak görevi verilmiştir.

Avrupa Birliği üyeleri bu direktifler doğrultusunda gerekli önlemleri almaya ve düzenlemeleri yapmaya başlamışlardır. Bu bağlamda zorunlu emeklilik yaş sınırı düşük olan kimi ülkelerde, örneğin İngiltere’de, bu sınırın yükseltilmesi yoluna gidilmektedir.

Bu gelişmeler, zorunlu emeklilik yaş sınırının indirilmesinin, çağdaş demokrasiler bakımından gerekli ve olumlu bir davranış olarak algılanmadığını da göstermektedir.

Bu nedenle, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi ile getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi 60 ıncı maddesindeki sosyal güvenlik hakkına aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Birinci Fıkrasının dördüncü cümlesi ile getirilen “Bunların istihdam süreleri hiçbir şekilde sosyal güvenlik kurumlarından emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazandıkları tarihi geçemez.” ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu ve 60 ıncı Maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

J. 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 118. Maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Dördüncü Fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ile uzun yıllar boyunca çalışma yaşamının kanayan bir yarası olan yerel yönetim işyerlerinde çalıştırılan alt-işveren işçilerinin yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak şirketlerin işçi kadrolarına geçirilmeleri düzenlenmiştir. İptali talep edilen Geçici 24 üncü Maddenin dördüncü fıkrası ile de geçişleri yapılan bu işçilerin ücret, sosyal ve ekonomik hakları, toplu pazarlık haklarına yönelik özel düzenlemeler yapılmış ve yukarıda belirtilen haklarına ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir.

Söz konusu düzenleme ile öncelikle taşeron işçilerin geçiş sonrasında ücretlerinin ne olacağı ve bu ücretlere hangi oranda zam yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas itibariyle taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, yerel yönetimlerde çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede taşeron işçilere geçişten sonra sadece 6772 Sayılı İlave Tediye Kanunu’na göre 52 günlük ilave tediye ödenmesi söz konusudur.

Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Yine yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerin işçi kadrolarına geçişleri yapılan bu işçiler, yukarıda belirtilen kısıtlamalardan ancak Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesinin yürürlük süresinin sona ermesinden itibaren eğer sendikalara üye olmuşlar ve bu sendikalar da toplu iş sözleşmesi imzalamış ise bu durumda yararlanabileceklerdir.

Görüldüğü üzere 7079 Sayılı Kanun ile yapılan ve iptali talep edilen bu düzenleme ile öncelikle, geçiş sonrası yerel yönetim şirket işçisi olan bu işçiler açısından yerel yönetimlerdeki diğer işçiler için kanun, yönetmelik ve diğer mevzuat yoluyla elde edilen ücret, ücret zammı, sosyal ve ekonomik hakların uygulanmaması öngörülmektedir. Bu husus Anayasamızın 2 nci Maddesinde belirlenen sosyal hukuk devleti ilkesine, Anayasanın 10 uncu Maddesine, Anayasa'nın 49 uncu Maddesinde belirlenen çalışma hakkına, 55 inci Maddesinde belirlenen adil ücret hakkına aykırılık taşımaktadır. Yine Bu işçilerin geçiş sonrası ekonomik, idari ve sosyal haklarının tarafı olmadıkları bir toplu iş sözleşmeye tabi kılınması da Anayasa'nın 53 üncü Maddesinde belirlenen toplu pazarlık hakkına aykırılık taşımaktadır.

Son olarak şirket işçi kadrolarına geçirilen taşeron işçilerinin çalıştıkları işyerlerinin 6356 Sayılı Kanununun Geçici 7 nci Maddesi gereğince girdiği işkolunun kamu kurumunun girdiği işkoluna geçişinden itibaren sendikalarca yetki başvurusunda bulunma hakkı tanınarak toplu pazarlık hakkının kullanılabilmesine ilişkin düzenlemesi de örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının kısıtlanması nedeniyle Anayasa'nın 51, 53 ve Türkiye'nin imzalamış olduğu uluslararası sözleşmelere ve Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından imzalanmış 98 Sayılı Sözleşmeye aykırıdır. Aşağıda sırasıyla bu aykırılıklar açıklanacaktır.

a) Anayasanın 2 nci Maddesinde belirlenen Hukuk Devleti İlkesi'ne aykırılık

Anayasa'nın 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, Anayasa'ya 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'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde yapılan düzenlemelerin öngörülebilir olması sınırlarının belirli olması gerekir. Kamuda çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri için ücret, aylık, sosyal ve mali haklar kanunlarla düzenlenmiştir. Bunun istisnası 657 sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin (d) fıkrasında belirlenmiştir. Bu fıkra kapsamında çalıştırılan işçilerin ücretlerinin belirlenmesinde 657 Sayılı Yasanın uygulanmayacağı vurgulanırken yerel yönetimlerde işçi statüsünde çalışmaya başlayan kişilerin ücretlerinin belirlenmesinde yerel yönetimler kendi bünyelerinde bu ücretleri belirlemeye yetkili kılınarak 4857 Sayılı İş Kanunu çerçevesinde bu ücretleri belirlemektedir. Uygulamada işçi işe başladığı gün itibarıyla ilgili yerel yönetimlerde yetkili sendikaya üye olmakta ve yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlamaktadır. Toplu iş sözleşmesinde belirlenmiş ücret seviyelerine intibakı sağlanmaktadır. Bu husus örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının gereğidir. Ancak, 7079 Sayılı Kanun ile yerel yönetim şirketlerine geçişleri düzenlenen işçiler için böyle bir özgürlük alanı ve hak tanımlanmamış, aksine geçiş sonrası ücretlerinin belirlenmesinde kısıtlama getirmiştir. Diğer kamu işçileri için getirilmeyen bu kısıtlama taşeron işçilerinin kendileriyle aynı statüde olan, aynı kıdeme sahip diğer işçilerden daha düşük ücret ve sosyal haklardan yararlanmasına neden olacaktır. İş hukukunda işverenin eşit işlem yapma borcu bulunmaktadır. Eşit işlem yapma borcu aynı zamanda hukuk devletinin de bir yükümlülüğüdür. Hukuk devletinde devlet eşit işlem yapma, ayrımcılık yapmama yükümlülüğündedir.

Yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak şirketlerin işyerlerinde işçi statüsünde çalışmaya başlayacak kişilerin ücretlerine, ekonomik ve sosyal haklarına ilişkin eşitsiz, ayrımcı kısıtlamalar getiren bir ibarenin koyulması hukuk devletinin objektiflik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Kamuda çalışan personel açısından herkes için aynı hükümler uygulanması gerekirken bu kişilerin işveren değişiklikleri (aslında statüde değişmemiştir, yargı kararlarıyla kamu işçisi olarak tanımlanmış bu kişilere hakları verilmiştir) nedeniyle ayrımcılığa maruz kalmaları ve bunlar için ayrı ücret ve sosyal haklar tespit edilmesi öngörülebilirlik ilkesine aykırıdır.

Yine iptali talep edilen düzenleme ile geçişleri düzenlenen yerel yönetim taşeron işçilerin örgütlenme ve toplu pazarlık hakları da kısıtlanmış ve bunların çalıştıkları yerel yönetim biriminde yürürlükte olan toplu iş sözleşmelerinden yararlanmalarına ilişkin yasaklama getirilmiştir. Yüksek Hakem Kurulu tarafından kamu alt-işverenleriyle kamu taşeron işçilerinin örgütlendiği sendika tarafından kendi üyelerini ilgilendiren, geçiş öncesi dönem için imzalanmış bir sözleşmenin, bu sözleşmenin tarafı olmayan, üyelik ilişkisi bulunmayan kişilere uygulanması toplu pazarlık hakkına hukuksuz bir müdahale olduğu gibi aynı zamanda YHK tarafından imzalanmış olan en son toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitimine kadar geçiş sonrasında taşeron işçilerin işyerlerindeki sendika üyesi işçilere uygulanan toplu sözleşmelerden yararlanamaması da aynı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Bu da hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir. 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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Böyle bir hukuk düzeni ise, her alanda olduğu gibi, sosyal güvenliğe ilişkin düzenlemelerde de, eşitlik, hukuk istikrarı, hukuk güvenliği ve kazanılmış hakların korunması ilkelerinin gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukukun üstünlüğünün

egemen olduğu bir devlette, hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Anayasanın 55 inci Maddesinde; “ Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. ...” hükmü bulunmaktadır. Anayasa’nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayırık durumunu gözeterek, Devlet’e “adaletli bir ücret” için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır. İptali talep edilen düzenlemede kamu işyerlerinde geçiş öncesinde de çalışan ve hukuken statüleri değiştirilip kamu işçisi statüsüne geçirilen işçiler için diğer işçilerin yararlandığı ücret haklarından yararlanırmama “adalet” ilkesini de zedeler. Bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırılık taşır.

Hukuk devleti, kazanılmış hakları korumakta duyarlı davranarak hukukun temel ilkelerine bağlılığını kanıtlar. Hukuk devleti, aynı zamanda bireylerin haksızlıktan korunmasını ve mutluluğunu amaç edinir. Hukuk devletinin temel öğelerinden biri de güvenilirliktir. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan yorumlar Anayasanın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuk güvenliğini ortadan kaldırır; belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Kişilerin koşulları kanunla belirlenmiş bir statüye, devlete ve hukukî istikrara güvenerek girmelerinden kamu işçisi olmalarından sonra bu statüde sadece bu kişiler için kanunla makul nedeni olmayan ve ölçsüz biçimde hakları kısıtlayıcı değişiklikler yapılması, Anayasa’nın 55 inci Maddesinde belirlenen adil ücret hakkına aykırı olduğu gibi hukuk güvenliğine, kazanılmış haklara ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa’nın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

b) Anayasanın 10 uncu Maddesinde belirlenen Kanun Önünde Eşitlik İlkesi’ne Aykırılık

İptali talep edilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün dördüncü fıkrasındaki düzenleme ile yerel yönetim alt-işveren şirketlerinde çalışmakta iken geçiş sürecine tabi tutulan işçilerin geçiş sonrası yerel yönetim işçisi olmalarına rağmen bu işçiler açısından yerel yönetimlerin bünyesindeki diğer işçiler için kanun, yönetmelik ve diğer mevzuat yoluyla elde edilen ücret, ücret zammı, sosyal ve ekonomik hakların uygulanmaması öngörülmektedir. Bu düzenleme, Anayasanın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesini de ihlal etmektedir. Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da açıklandığı gibi, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin zedelenmesi önlenmiştir. Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz.

11/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Dördüncü fıkrasındaki düzenleme ise bu ilkeyle bağdaşmayacak hüküm koşullar içermektedir.

Öncelikle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Dördüncü fıkrasındaki düzenleme ile yerel yönetimlerde alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerden kamu işçisi kadrolarına geçirilenlerin ücretlerinin, mali ve sosyal haklarının diğer kamu işçileri gibi belirlenmesi yerine geçiş sonrasında ücretlerinin ne olacağı ve bu ücretlere hangi oranda zam yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile esas itibarıyla taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, kamuda çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Görüldüğü üzere yerel yönetimler bünyesindeki şirketlerde işçi statüsünde çalıştırılmaya başlanan söz konusu taşeron işçileri, halihazırda aynı statüde olan aynı işlerde çalışan, aynı kıdeme veya niteliklere sahip işçilerle farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Bunlara yönelik eşitlik ilkesi çerçevesinde diğer kamu işçilerine uygulanan sistemin uygulanması gerekirken ayrımcı bir düzenleme ile daha düşük, farklı bir ücret, sosyal hak sistemi öngörülerek kanun önünde eşitlik ilkesi zedelenmektedir. Özellikle, yapılan düzenleme ile taşeron işçilikten geçiş sonrasında işçilerin ücret ve mali haklarının bir uyuşmazlık kurumu olan Yüksek Hakem Kurulu tarafından belirlenecek olması, eşitlik ilkesini ayrıca zedelemektedir. Yüksek Hakem Kurulu, 6356 Sayılı Yasa gereğince toplu pazarlık görüşmelerinde uyuşmazlık aşamasında işçi sendikasının grev yasağı kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler açısından toplu sözleşmenin uyuşmazlığa konu olan hükümleri hususunda karar alan bir Kurul'dur. Ancak, burada yasa koyucu tarafından toplu sözleşmenin bütün hükümlerini belirleyici bir konuma getirilerek, Yasa koyucu konumuna getirilmiştir. Anayasa'nın 128 inci Maddesinde belirlenen memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük

haklarının kanunla belirlenmesi ilkesine aykırılık taşıdığı gibi diğer kamu görevlileri ve kamu işçileri açısından hukuki yaptırımı olmayan bu Kurul kararının adeta bütün kamu taşeron işçilerine teşmil edilmesi, kamu işçileri açısından bu hakların özgür toplu sözleşmeyle bağitlanan ücret ve diğer mali ve sosyal hakların farklılaştırılarak bu Kurulun kararına bırakılması, eşitlik ilkesini zedeleyicidir.

Bir diğer deyişle yerel yönetim şirketlerinde çalışmaya başlayan taşeron işçileri aynı sendikaya üye olsalar, o işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacaklar, geçirildikleri işçi statüsünde çalışan diğer personelin haklarından yararlandırılmayacak ve farklı hükümlere tabi kılınacaklardır. Hukuk devletinde idare aynı statüde olan çalışanlarına farklı haklar uygulamaz.

Yaratılan bu durum nedeniyle yerel yönetim şirketlerinde çalışmaya yeni başlayan bir işçi ile halihazırda uzun yıllardır yerel yönetim işyerlerinde taşeron işçi olarak çalışmış ancak bu düzenleme ile hukuken kamu işçisi olmuş işçiler açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde aynı hukuki statüde olan kişilere yönelik olarak farklı bir düzenleme yapılamayacağı aşıkardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında Kanun önünde eşitlik ilkesinden anlaşılması gerekeni ifade etmiştir.

“Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (AMK (2006), 15.12.2006 T., 2006/ 111 E., 2006/ 112 K., (RG, 30.12.2006, 26392)). “Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur... Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez (AMK, 28.4. 2011 T., 2009/93 E., 2011 / 73 K. (RG, 15.10.2011, 28085)). Bu durum kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini göstermektedir. Bu nedenle iptali gerekir.

c) Anayasa’nın 49. Maddesinde Belirlenen Çalışma Hakkına Aykırılık

Çalışma en temel haklardan biridir. Çalışma hakkı hem evrensel insan hakları metinlerinde hem de ulusal anayasalarda düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında sosyal haklar bölümünde açıkça düzenlenmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin evrensel ilke doğrultusunda diğer temel haklarda olduğu gibi çalışma hakkı da önemli sınırlamaları içermektedir. Yani, çalışma hakkının kullanımı belirli şartlara bağlı olup önemli sorumluluklar (ödevler) taşımaktadır.

Çalışma hakkı kavramı tek bir hakkı ifade etse de çalışma hakkı ile ilgili birçok hakkı da içinde barındırır, bu anlamda çalışma haklarından bahsetmek mümkündür. Anayasada düzenlenen dinlenme (izin) hakkı, ücret hakkı, sendikal haklar ve sosyal güvenlik hakkı bu kapsamdadır

Anayasamızın 49 uncu maddesinde “Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. 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.” Hükmü bulunmaktadır.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır. Anayasa'nın 5. maddesinde, 'İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama' Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesi halinde Anayasamızda devlete çalışanlarının sağlıklarının korunması görevini de verdiği görülmektedir.

Ancak iptali talep edilen 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün Dördüncü fıkrasındaki düzenleme ile yerel yönetimlerde alt işveren işçisi olarak çalışmakta olan işçilerden yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerin işçi kadrolarına geçirilenlerin ücretlerinin, mali ve sosyal hakları kısıtlanmış esas itibarıyla taşeron işçilerinin halen almakta oldukları ücretlerinin geçiş yapıldıktan sonra aynen devam etmesi hedeflenmiştir. Taşeron işçilere geçiş öncesinde almakta oldukları ücret ve sosyal hakları dışında başka bir hak verilmeyeceği düzenlenmiştir. Yine bu düzenleme ile söz konusu işçilere, kamuda çalışan diğer işçiler gibi sendikalara üye olmaları halinde imzalanmış toplu sözleşmeler yoluyla ikramiye, sosyal ve diğer mali haklar ödenmeyeceği düzenlenmiştir. Yine yapılan düzenleme ile bu işçilere geçiş sonrasında yapılacak ücret zamları ve diğer mali ve sosyal haklarına ilişkin özel bir kısıtlama yapılmış ve bu işçilerin veya üyesi olduğu sendikanın imzalamadığı bir sözleşmeye tabi tutulmuşlardır. Söz konusu düzenlemeye göre geçiş esnasında bir kamu taşeron sözleşmesine tabi olanlar, sözleşmeleri bitmiş ve toplu sözleşmeleri bireysel iş sözleşmesine dönmüş olanlar ile sadece iş sözleşmesi ile çalışanların ücret, diğer mali ve sosyal hakları Yüksek Hakem Kurulu tarafından karar bağlanan ve süresi en son sona erecek Taşeron Toplu Sözleşmesine göre belirlenecektir.

Görüldüğü üzere yerel yönetimlerce kurulmuş veya kurulacak olan şirketlerde işçi statüsünde çalıştırılmaya başlanan söz konusu taşeron işçileri, halihazırda aynı statüde olan aynı işlerde çalışan, aynı kıdeme veya niteliklere sahip işçilerle farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Diğer kamu işçilerine uygulanan sistemin uygulanması gerekirken ayrımcı bir düzenleme ile daha düşük, farklı bir ücret, sosyal hak sistemi öngörülerek Anayasanın 49 uncu Maddesinde tanımlanan çalışma hakları zedelenmektedir. Çalışma Hakkı, devlete çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekirken iptali talep edilen düzenleme aynı işyerinde aynı işi yapan çalışanlar arasında farklı ücret ve sosyal hakların ortaya çıkmasına neden olacak, kamuda çalışmaya yeni başlayan bir işçi ile halihazırda uzun yıllardır kamu işyerlerinde taşeron işçi olarak çalışmış ancak bu düzenleme ile hukuken kamu işçisi olmuş işçiler açısından ücret ve özlük hakları açısından olduğu gibi emeklilik ve çalışma süresi açısından da farklılık ortaya çıkaracak, bu nedenle de çalışma barışını zedeleyecektir.

Bu nedenle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye

eklenen Geçici Madde 24 ün Dördüncü fıkrasındaki düzenleme Anayasa'nın 49 uncu Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

d) Anayasa'nın 51 inci Maddesi ile 53 üncü Maddesinde belirtilen Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkına Aykırılık

Çağdaş ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de örgütlenme ve toplu pazarlık ve bunun ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilen grev hakkı anayasamızda çeşitli düzenlemelerle belirlenmiştir. Söz konusu alan, çalışanların çalışma, örgütlenme, toplu pazarlık gibi temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgisi sebebiyle Anayasanın 51 nci, 52, 53 ve 54 ncü maddelerindeki hükümlerle düzenlenmiş olduğu gibi, Anayasamızda örgütlenme, çalışma haklarıyla ilgili diğer düzenlemeler de mevcuttur.

Anayasal kuralların ruhuna uygun olarak düzenleme yapılması yerine gündelik ihtiyaçların giderilmesini önceleyen, her alanda olduğu gibi sendika ve toplu sözleşme alanında da günü kurtarmaya yönelik özgürlükleri kısıtlayıcı bir biçimde hareket eden Hükümet tarafından 7079 Sayılı Yasa ile 375 Sayılı KHK'ya eklenen bu hüküm bu hakkın öznesini, kapsamını, ve esasını değiştirerek örgütlenme hakkını ve toplu pazarlık yapma hakkını kısıtlamaktadır.

Anayasanın 51.maddesi “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” şeklindedir.

Sendika özgürlüğü, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olarak tanımlanmıştır. Sendika hakkını sınırlama nedenleri genel sınırlama nedenlerinin yanında Anayasanın 51.maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Sendika kurma hakkı Anayasamızda ayırım gözetmeksizin “çalışanlar ve işverenler”e tanınmış ve güvence altına alınmıştır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün dördüncü fıkrasındaki “Şirketlerde işçi statüsüne geçirilenlerden, geçiş işlemi yapılırken mevcut işyerinin girdiği işkolunda kurulu işyerinden bildirilenlerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki şirketlerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitimine kadar bu toplu iş sözleşmesinin uygulanması suretiyle oluşan ücret ile diğer mali ve sosyal haklardan fazla olamaz. Şirketlerde işçi statüsüne geçirilenlerden; geçişten önce toplu iş sözleşmesi bulunmadığından işçi statüsüne geçirildiği tarihte yürürlükte olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu işçiler ile geçiş işleminden önce yapılan ve geçişten sonra yararlanmaya devam ettiği toplu iş sözleşmesi bulunmakla birlikte bu madde kapsamındaki şirketlerde alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin bitiminden önce toplu iş sözleşmesi sona eren işçilerin ücreti ile diğer mali ve sosyal hakları, bu madde kapsamındaki şirketlerde geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesine göre belirlenir.” şeklindeki düzenleme ile yerel yönetim alt-işveren işçilerinden yerel yönetimlerin kurmuş olduğu veya

kuracağı şirketlerin işçi kadrolarına geçirilenlerin ücret, mali ve sosyal haklarının belirlenmesi için örgütlenme haklarının kullanımı engellenmekte, sendikalara üye olma gerekçeleri ortadan kaldırılmakta, sendikal hak ve özgürlükleri kısıtlanmakta, ücretlerini, sosyal haklarını, çalışma koşullarını belirleyebilmek amacıyla örgütlenmeleri bu tür hakları belirleme yetkisi bir uyuşmazlık kurumu olan Yüksek Hakem Kurulu'na devredilmektedir. Yüksek Hakem Kurulu, 6356 Sayılı Yasa gereğince toplu pazarlık görüşmelerinde uyuşmazlık aşamasında işçi sendikasının grev yasağı kapsamındaki işyerlerinde çalışan işçiler açısından toplu sözleşmenin uyuşmazlığa konu olan hükümleri hususunda karar alan bir Kurul'dur. Ancak, burada yasa koyucu tarafından toplu sözleşmenin bütün hükümlerini belirleyici bir konuma getirilerek, bu işçiler açısından Yasa koyucu konumuna getirilmiştir. İşverenlerinin söz hakkı olmadığı, sendikaların söz hakkı olmadığı bir çalışma biçimi yaratılmaktadır. Bu da doğal olarak örgütlenme hakkını zedeleyici bir durum yaratmaktadır.

Yine Anayasamızın 53 ve 54 üncü Maddelerinde çalışanlara toplu sözleşme yapma hakkı ile bunun ayrılmaz bir parçası olan grev hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu haklara bakıldığında çalışanların örgütlenme hakkının öznesi olarak sendikalar tanımlanmıştır. Anayasamızın 53 ve 54 üncü maddelerinde toplu pazarlık hakkının kullanımında bu hakkın sadece hakkın öznesi olan sendikalar aracılığıyla kullanılabileceği belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere hakkın öznesi olmayan “sendika veya işveren veya işveren örgütü” bir “zorunlu arabulucu” kurumunun çalışanların özlük haklarını belirlemesi Anayasa'nın 53'üncü Maddesine aykırıdır. Çünkü bu çalışanlara özgürce seçim hakkı tanınmamaktadır. Özgür iradeleriyle pazarlık yapamamaktadırlar. Kendi işyerleri ile bağlantılı olmayan bir işyerine ilişkin bu işyerlerindeki tarafların dışında bir Kurulun belirlediği kurallara tabi kılınmaktadır. Bu da doğal olarak özgür toplu pazarlık hakkını zedeleyici bir ortam oluşturmaktadır.

Öte yandan Anayasanın “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” başlıklı 53. maddesinde, “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” düzenlemesi yer alırken 7079 Sayılı Yasadaki iptali talep edilen düzenleme ile toplu sözleşme yapma hakkı da kısıtlanmıştır. Şöyle ki, “Bu madde kapsamındaki şirketlerde; 6356 sayılı Kanunun geçici 7 nci maddesinde belirtilen mevcut işyerleri bakımından anılan Kanuna uygun olarak yetki başvurusunda bulunulabilir, ancak geçişi yapılan işçiler için yeni tescil edilen işyerlerinde, geçişten önce alt işveren işçilerini kapsayan, Yüksek Hakem Kurulu tarafından karara bağlanan ve süresi en son sona erecek toplu iş sözleşmesinin sona erme tarihinden sonra yetki başvurusunda bulunulabilir.” düzenlemesi ile geçiş yapılan yerel yönetim işyerinde ayrı bir işyeri olarak tescil işlemi yapılacağı bu işçilerin ayrı işkolunda tescil nedeniyle o işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinden yararlanamayacakları, bu işçilere yönelik toplu pazarlık hakkının ancak YHK tarafından karara bağlanan TİS'in bitiminden sonra yapılabileceği düzenlenerek, 6356 Sayılı Yasanın özüne ve ruhuna aykırı bir durum yaratıldığı gibi bu işçilerin belirli bir süre ile toplu pazarlık hakkı ortadan kaldırılmıştır. Bu husus açıkça toplu pazarlık hakkını düzenleyen Anayasa'nın 54 üncü Maddesine aykırıdır. Nitekim buradaki hak gasbının kanunun özüne ve ruhuna aykırı olduğu gerçeği 6356 Sayılı Yasaya eklenen Geçici 7 nci maddesinin son fıkrasında adeta itiraf edilmiş ve kanun yapma anlayışına ters bir anlayışla Yasanın 4 üncü Maddesinde belirlenen bağlı işlerin esas işin yer aldığı işkolundan sayılarak bir işyerinde tek toplu sözleşme yapma ilkesine da aykırı bir düzenleme hayata geçirilmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasa'nın 53 üncü Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

e) Anayasa'nın 55 inci Maddesinde Belirlenen “Adil Ücret Hakkı”na Aykırılık

Sosyal hukuk devleti, toplum ve çalışma yaşamında adalete ve eşitliğe dayalı bir hukuk düzeni kurmak durumundadır. Bu çerçevede çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin de korunması sosyal devletin birincil amaçlarından birisidir. Çalışanların temel hak ve özgürlüklerinden birisi çalışma hakkı olduğu gibi çalışma hakkının kullanımında da adil bir ücrete hak kazanma da bu hakkın tamamlayıcı niteliğindedir. Bu husus Anayasa'nın 49 ve 50. Maddelerinde tanımlanmıştır.

Anayasanın 55 inci Maddesinde; “ Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. ...” hükmü bulunmaktadır. Anayasa'nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa, ücreti, diğer gelirlerden farklı olarak özel şekilde düzenlemiş, bu düzenlemede ücretin özellikli ve ayırık durumunu gözeterek, Devlet'e “adaletli bir ücret” için tedbir alma görevi vermek suretiyle koruma altına almıştır.

Adil ücret hakkı, aynı zamanda çeşitli ilkeleri içerisinde barındırır. Bunlar “saygın yaşam düzeyi” ilkesi, “eşit işe eşit Ücret ilkesi” ve “katılım” ilkesidir. Bunlardan ilki “Saygın Yaşam Düzeyi İlkesi” çalışanların kendileri ve aileleri için saygın yaşam düzeyi sağlamaya yeterli ücret hakkı olarak tanımlanmaktadır. Bu ücret kişinin ve ailesinin temel ekonomik, sosyal ve kültürel gereksinimlerini karşılayan bir ücret olmalıdır. Saygın yaşam düzeyi ölçütü kamu görevlilerinin aylık ve ücretlerinin belirlenmesinde son derece önemli bir ölçüt değeri taşımaktadır. Bunun temel nedeni kamu kesiminde ücret yelpazesinin taşıdığı önemdir. Ücret yelpazesi kamu kesiminde görev, yetki, sorumluluk hiyerarşisini yansıtır ve sistemin itici gücüdür. Ancak ücret yelpazesinin sağlıklı olabilmesi için, taban ücret kişi ve ailesi için onurlu bir yaşam sağlamaya yeterli olmalıdır. En alt düzey sağlıksız saptanınca en üst düzey de sağlıksız hale gelir. İptali talep edilen düzenleme ile kamu alt-işveren işçilerinin geçiş sonrası ücret ve mali ve sosyal haklarının düzenlenmesinde diğer kamu işçilerinin ücret düzeylerinden ve sosyal ve ekonomik haklarından farklılaşan bir sistem ile kamuda daha düşük ücretli bir işçi kesiminin oluşturulması saygın yaşam düzeyi ilkesinin uygulandığı söylenemez.

Adil Ücret Hakkının bir diğer ilkesi de “Eşit İşe Eşit Ücret İlkesi”dir. Bu ilke şöyle tanımlanmaktadır: Nitelikleri itibariyle birbirine benzemeyen işlerin bilgi, beceri, çaba, sorumluluk ve çalışma koşulları açısından birbiriyle karşılaştırılması ve bu yönlerden birbiriyle eşit değerde olduğu saptanan işler için eşit ücret verilmesidir. Bu ilkenin kamu kesiminde uzun bir geçmişi ve saygın bir yeri vardır. Kamu kesiminde eşit işe eşit ücret ilkesi iki tür eşitlik arayışını içerir. Birincisi hizmet içinde aynı güçlük ve sorumluluk düzeyinde olan işler için eşit ücret ödenmesi, İkincisi ise kamu kesiminde ödenen ücretlerin özel kesimde benzer ya da eşdeğer işler için ödenmekte olan ücretlerle dengelenmesidir. Eşit işe eşit ücret ilkesinin kamu çalışanlarının aylıklarının belirlenmesinde yaşamsal değerde bir ölçüt olduğuna hiç kuşku yoktur. Bu ilke yalnız hizmet gereklerine dayanmayan ücret ayrımcılığını değil ücret adaletinin daha geniş hedeflerine ve refah toplumuna ulaşmada etkin bir araç olarak algılanmalıdır. İptali talep edilen düzenleme ile aynı işi yapan aynı niteliklere sahip işçilere salt bunlardan bir kısmı yerel yönetim taşeron firmalarından yerel yönetim şirketlerine geçirilmeleri nedeniyle farklı bir ücret ve özlük hakkı tanımlanmaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenleme “Eşit İşe Eşit Ücret” ilkesine de aykırıdır. Adil ücret hakkı çerçevesindeki üçüncü ilke ise Katılım İlkesi'dir. Bir ülkede benimsenen ücret saptama yöntemleri o ülkede devlet-işveren ve çalışanlar arasındaki ilişkilere hakim olan zihniyet ve yaklaşımları ortaya koyar. Adil ücret ilkesi son yorumda bir ücret saptama yöntemi olarak karşımıza çıkar. Bunun anlamı çalışanların adil ücret hakkının gerçekleştirilmesinde etkin bir rol almalarıdır. Bu da örgütlenme ve toplu sözleşme hakkıdır.

Oysa iptali talep edilen düzenleme ile yerel yönetim alt-işverenleri bünyesinde çalışırken geçiş hakkı tanınan ve yerel yönetim şirketleri işyerlerine işçi kadrosuna geçişleri düzenlenen işçilerin geçiş sonrasında ücret ve diğer haklarının belirlenmesi için değil sendikalarla görüşme, bunların doğrudan toplu pazarlık hakları ortadan kaldırılarak katılım ilkesi zedelenmiştir. Bu nedenle söz konusu fıkra Anayasa'nın 55 inci Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

f) Anayasa'nın 90 ıncı Maddesine aykırılık Sorunu

Ayrıca söz konusu düzenleme Anayasanın 90. Maddesi çerçevesinde usulüne göre imzalanmış olan Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere de aykırıdır.

Bunlardan ilki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 10.12.1948 tarihinde 217 a (III) sayılı kararla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni kabul etmiştir. Türkiye, 1949 yılında bir Birleşmiş Milletler normu olan ve 30 maddeden müteşekkil bulunan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini onaylamıştır. Söz konusu beyanname, "İnsanlık topluluğunun bütün bireyleriyle kuruluşlarının bu Bildirgeyi her zaman göz önünde tutarak eğitim ve öğretim yoluyla bu hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye, giderek artan ulusal ve uluslararası önlemlerle gerek üye devletlerin halkları ve gerekse bu devletlerin yönetimi altındaki ülkeler halkları arasında bu hakların dünyaca etkin olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilan eder." sözcükleriyle başlamaktadır. Yaşam düzeylerinin yükseltilmesini, tam çalışmayı, ekonomik ve sosyal alanlarda ilerleme ve gelişmeyi sağlamayı amaçlayan Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, 23. maddesi çalışma hakkını düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, "1. Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır. 2. Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır. 3. Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır. 4. Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır." Görüldüğü gibi Beyanname'de, "herkes" denilmek suretiyle, çalışma hakkı siyasal ve ekonomik düzen ayrılığı söz konusu olmaksızın bütün toplumlar için bir insan hakkı olarak kabul edilmiştir. Söz konusu 23 üncü Madde ile bir insan hakkı olarak tanınan haklar ne yazık ki, 7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesinde düzenlenen kamu taşeron işçilerinin geçiş sürecinde bu işçilere tanınmamıştır. Adil ücret hakkı tanınmamış, geçiş öncesi ücretlerini almaları düzenlenirken geçiş sonrasında diğer kamu işçilerinin haklarından yararlandırılmamışlar, aynı zamanda toplu pazarlık hakları da kısıtlanmıştır.

Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilen ve ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geniş bir şekilde ele alan ilk uluslararası belge olan "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme", 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu sözleşme TBMM tarafından 4867 sayılı Kanun'la 2003 yılında uygun bulunması üzerine aynı yıl Bakanlar Kurulu kararıyla⁴⁷ onaylanarak yürürlüğe konulmuştur

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 6'ncı maddesine göre "1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin serbestçe seçtiği ya da kabul ettiği bir işte çalışarak hayatını kazanma fırsatı veren çalışma hakkını tanırlar ve bu hakkın korunması için gerekli tedbirleri alırlar. /2. Bu Sözleşme'ye Taraf bir Devletin, bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek için alacağı tedbirler, teknik ve mesleki rehberlik ile eğitim

programlarını, bireyin temel ekonomik ve siyasal özgürlüklerini koruyan şartlar altında, düzenli şekilde ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimi ile tam ve üretken istihdamını sağlamaya yönelik politika ve teknikleri içermelidir.”

7079 Sayılı Kanunun 118 inci Maddesinde düzenlenen yerel yönetimler bünyesindeki taşeron işçilerinin geçiş sürecinde bu işçilere yönelik ilgili Sözleşmenin 6 ıncı Maddesinde tanımlanan çalışma hakkının gerekleri ve bu çerçevede unsurları ne yazık ki tanınmamıştır.

İptali talep edilen düzenleme ile ilgili bir diğer uluslararası sözleşme ise Avrupa Sosyal Şartıdır. Avrupa Sosyal Şartı, 1961 yılında Avrupa Konseyi’ne üye devletler tarafından imzalanmıştır. Türkiye, 1961 yılında imzalamış olduğu bu Ana Sözleşmeyi önemli çekinceler koyarak 1990 yılında onaylamıştır. 27 Haziran 2007 tarihinde Türkiye Gözden Geçirilmiş Şart’ı onaylamış ve 1 Ağustos 2007 tarihi itibarıyla VI. Bölüm K/3 maddesi gereği Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Şart, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen en önemli insan hakları belgelerindendir.

Avrupa Sosyal Şartı’nın birinci maddesi, “Çalışma hakkı” kenar başlığını taşımaktadır. Buna göre, “Akit Taraflar çalışma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; /1- Tam istihdamı gerçekleştirmek amacıyla olabildiğince yüksek ve istikrarlı bir istihdam düzeyine ulaşmayı ve bu düzeyi korumayı başta gelen amaç ve sorumluluklarından biri saymayı; /2- Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı; /3- Tüm çalışanlar için ücretsiz iş bulma hizmetlerini kurmayı ya da sürdürmeyi; /4- Uygun mesleğe yöneltme, eğitim ve rehabilitasyon hizmetlerini sağlamayı ya da teşvik etmeyi; taahhüt ederler.”

Yine Aynı şartın Dördüncü Maddesi ile adil ücret hakkı tanımlanmış, 5 ve 6 ıncı Maddelerinde de örgütlenme ve toplu pazarlık hakları belirlenmiştir. Türkiye, bu Maddeleri kabul etmesine rağmen bazı fıkralarına çekince koymuştur. Ancak esas olarak söz konusu hakları tanımlayan maddeler kabul edilmiştir. Özellikle GGASS’nin dördüncü Maddesinin birinci fıkrasında “1. Çalışanların kendilerine ve ailelerine saygın bir yaşam düzeyi sağlayacak ücret hakkına sahip olduklarını tanımayı; taahhüt ederler” hükmü bulunmaktadır. Yine 5 inci ve 6 ıncı Maddelerinde de örgütlenme ve toplu pazarlık hakları düzenlenmiştir.

“Madde 5. Örgütlenme Hakkı

Akit taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma veya bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler.

Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptanır.”

“Madde 6. Toplu Pazarlık Hakkı

Akit taraflar, toplu pazarlık hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere: 1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi; 2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların veya

çalıştıran örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemini geliştirmeyi; 3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi; taahhüt ederler ve, 4. Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve çalıştıranların, bir önceki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil, ortak hareket hakkını tanır”.

Görüldüğü gibi Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının çalışma hakkı, adil ücret hakkı ve örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını tanımlayan maddeleri imzacı devletler için önemli asgari normları belirlemektedir. Bunlardan ilki ayrımcılık yapılmamasıdır. Saygın bir ücret verilmesi ve örgütlenme ve toplu pazarlık hakkına saygı gösterilmesidir.

Ancak, 7079 Sayılı Kanun ile 375 Sayılı KHK’ya eklenen Geçici 24 üncü Maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenleme bu kriterleri karşılamadığı gibi söz konusu Şart’ta tanımlanan haklara da aykırı hükümler içermektedir. Yerel yönetimlerdeki taşeron işçileri açısından aynı nitelikteki işlerde çalışan aynı statüdeki işçilerle ücret farklılıkları yaratılmıştır. Aynı şekilde bu işçilerin örgütlenme hakları kısıtlanmış toplu pazarlık haklarını kullanmaları engellenmiştir.

Dolayısıyla söz konusu düzenleme Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına da aykırılıklar taşımaktadır.

1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün dördüncü fıkrası aynı zamanda Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi’ne aykırılıklar içermektedir.

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. Şöyle ki:

“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 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 etmektedir. Burada 98 Sayılı Sözleşmenin dördüncü maddesindeki ihtiyari olma özelliği yapılan düzenleme ile çelişmektedir.

ILO’nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından iptali talep edilen dördüncü fıkranın son cümlesi ile sendikalar açısından kendi imzalamadıkları bir sözleşmeye uyma zorunluluğu getirilmesi ve toplu sözleşme imzalamak için yetki başvurusu yapma haklarının YHK tarafından hükme bağlanan en son TİS’in yürürlük süresinin sonuna kadar ertelenmesi, işçilerin haklarını gözetecek ihtiyari bir sistemi hayata geçirememeleri anlamına gelmektedir. Bu da toplu pazarlık hakkının zedelenmesi anlamına gelir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, ILO’nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu için Anayasanın 90. Maddesine aykırıdır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 1/2/2018 tarih ve 7079 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul edilmesine Dair Kanunun 118 inci maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün dördüncü fıkrası Anayasa'nın 90 ıncı Maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Sonuç olarak, iptali talep edilen düzenleme, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu, 49 uncu, 53 üncü, 55 inci ve 90 ıncı Maddelerine aykırılıklar taşımaktadır bu nedenle iptali talep edilmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin 7079 sayılı Kanun'un Anayasaya aykırı gördüğümüz maddelerinin anayasa uygunluğunu incelemesi ve esastan karara bağlaması zaman alabilecektir. Yargı denetimi yürütme organının hukuk devleti sınırları içinde kalmasını sağlayan en etkili araçtır.

Olağanüstü hallerde yargı denetiminin önemi daha da artmakta, devlet organlarının işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması, yasama organının Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özellikle önem taşımaktadır.

İptalini istediğimiz 7079 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırılık oluşturan sonradan giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı açık olduğundan, ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme sonucunda iptal kararı vermesi durumunda bu kararının sonuçsuz kalmaması amacıyla kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

01/02/2018 tarih ve 7079 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun

1) 4. maddesi ile 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (7) numaralı bentte yer alan “*mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 38. maddelerine,

2) 6. maddesi ile 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununun 6. maddesine eklenen birinci fıkranın ilk cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine,

3) 13. maddesi 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanuna eklenen Geçici madde 25'in birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine sınırları Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlar” ibaresinin Anayasa'nın 169. maddesine,

4) 17. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafta yer alan “yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak

kazanıncaya kadar” ibaresi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın son cümlesinin Anayasa’nın 2., 10., 49. ve 60. maddelerine,

5) 18. maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa eklenen Geçici Madde 43 ün altıncı fıkrasının Anayasa’nın 2., 10. ve 60. maddelerine, 32. maddesinin 137. ve 140. maddelerine,

6) 41. maddesinin 138. ve 140. maddelerine,

7) 50. maddesinin 104. maddelerine,

8) 52. maddesinin 3238 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Cumhurbaşkanına” ibaresi ile ikinci fıkrasının 105. maddelerine,

9) 53. maddesi ile 3238 Sayılı Savunma Sanayi Geliştirme Ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Ve 11 Temmuz 1939 Tarih Ve 3670 Sayılı Millî Piyango Teşkiline Dair Kanunun İki Maddesi İle 25 Ekim 1984 Tarih Ve 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın ikinci cümlesinin 2., 7., 10. ve 128. maddelerine,

10) 68. maddesi ile 4634 Sayılı Şeker Kanununa eklenen Geçici Madde 10’un Beşinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa’nın 2. maddesine,

11) 78. maddesi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinin birinci Fıkrasının (e) bendinin (2) no’lu alt bendinin birinci cümlesindeki “hastane bilgi yönetim sistemi hizmetleri ve çağrı merkezi hizmetlerine ilişkin alımlar” ibaresinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine,

12) 83. maddesi ile 4769 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kanununun 15 inci maddesine eklenen fıkradaki “ve iki katı” ibaresinin Anayasa’nın 2. maddesine,

13) 84. maddesi ile 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen geçici madde 9sinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine,

14) 91. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 209 uncu maddesinin başlığında yer alan “anlatılması”, birinci fıkrasında yer alan “anlatılır” ve ikinci fıkrasında yer alan “anlatılmasına” ibarelerinin Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 13. ve 36. maddelerine,

15) 93. Maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 282 nci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “anlatılır” ibaresinin Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 13. ve 36. maddelerine,

16) 94. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 299 uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “uygun görmesi halinde duruşma yoluyla yapabilir” ibaresinin Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 13. ve 36. maddelerine,

17) 95. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 43. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen bendinin Anayasa’nın Başlangıç Kısımına, 2., 5., 10., 12., 13. ve 17. maddelerine,

18) 97. maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 1'in Anayasa'nın Başlangıç Kısmına, 2., 5., 10., 12., 13., 17., 36. ve 38. maddelerine,

19) 103. maddesi ile 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununun 7 nci Maddesine eklenen 13 No'lu Fıkranın Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine,

20) 105. maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin Birinci Fıkrasının son cümlesinin Anayasa'nın 51., 53. ve 90. maddelerine,

21) 106. maddesi ile 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Geçici Madde 7'nin Anayasa'nın 10., 51., 52., 53., 54. ve 90. maddelerine,

22) 109. maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 21 inci Maddesine Eklenen (7) No'lu Fıkra'nın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine,

23) 110. maddesi ile 6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanununun 27 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasa'nın 7. maddesine,

24) 116. maddesi ile 233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 1 in birinci Cümlesindeki “diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın” ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 128. maddelerine,

25) 117. maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Ek Madde 21'in Anayasa'nın 2. ve 129. maddelerine,

26) 118. maddesi ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen; Geçici Madde 23 ün Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin, birinci Fıkrasının (b) bendinin, (c) bendinin, (ç) bendinin, beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, altıncı fıkrasının; 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici Madde 24 ün; Birinci Fıkrasının (a) bendinde yeralan “(4), (5), (6), (7) ve (8)” ibaresinin, birinci Fıkrasının (b) bendinin, birinci Fıkrasının (c) bendinin, birinci Fıkrasının (ç) bendinin, birinci Fıkrasının Dördüncü Cümlesinin, Dördüncü Fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 36., 49., 51., 53., 55., 60. ve 90. 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.”