**"...**

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

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 16.9.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü aynen şöyledir:

“1) 03.07.2005 tarih ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinde değişiklik yapılmış olup, yeni düzenleme: “Bu personelden 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) Sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olanlar ile burada sayılan unvanlarla çalışan diğer statülerdeki personelin atama teklifleri araştırmacı unvanlı kadrolara yapılır,” şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki (I) Sayılı Cetvelde yer alan, Genel Müdür; Genel Müdür Yardımcısı; Daire Başkanı; Müessese Müdürü; Bölge Müdürü; Fabrika Müdürü; İşletme Müdürü; Şube Müdürü;

Bölge Müdür Yardımcısı ve Şube Müdür Yardımcılarının atama teklifleri “Araştırmacı” unvanlı kadrolara yapılacaktır.

5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile yapılan değişiklikten önce de, 4971 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinde değişiklik yapılarak aynı düzenleme getirilmiştir. Şu kadar ki, 5398 sayılı Kanun 8 inci maddesi ile yapılan bu değişiklikte, 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü cümlesinde, “Ancak (1) sayılı cetvelde yer alan, mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların atama teklifleri, söz konusu görev unvanına uygun kadrolara yapılır.” hükmüne yer verilerek *mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların*görev unvanlarına uygun atamalarının yapılması sağlanmış, ancak bu personel dışındaki üst düzey görevliler de dahil diğer personelin durumları düzeltilmemiş, diğer bir anlatımla düzeltme sınırlı olarak ve eşitlik ilkesini de zedeleyecek şekilde yapılmıştır.

Her iki Kanun değişikliğinden önceki düzenleme; “Bu bilgilerin Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesinden itibaren en geç kırkbeş gün içinde bu Başkanlığın teklifi üzerine ilgili personel, kamu kurum ve kuruluşlarında durumlarına uygun boş kadro ve pozisyonlara atanırlar,” şeklinde idi.

Görüldüğü üzere Kanunun eski hali, personelin durumlarına uygun kadrolara atanmasını gerekli kılarken, yeni düzenleme, farklı düzeydeki görevlilerin (müfettişler dışında) araştırmacı kadrosuna atanmasını öngörmektedir.

Bu düzenleme özelleştirilen kurumlarda çalışan personelin nakli konusunda önceki 4971 sayılı Yasa ile getirilen en önemli değişikliktir ve 5398 sayılı Yasada da aynen korunmuştur. 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin keyfi uygulanmasının mahkemelerce hukuka aykırı bulunması üzerine, devam eden davaları etkilemeye yönelik olarak idari yargı kararlarına bir müdahale niteliğinde ve bu işlemlerde yargı denetimini etkisiz kılmak amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de bugüne kadar verilen yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının gerekçesi, 4046 sayılı Yasanın 22 nci maddesinin “nakledilecek personelin durumlarına uygun boş kadro ve pozisyonlara atanacağını” öngören mevcut hükmüne dayanmaktaydı. Bu kez 5398 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle “personelin durumlarına uygun boş kadro ve pozisyonlara atanması gereği” kaldırılmakta, “399 sayılı KHK eki (I) sayılı Cetvele tabi tüm personelin Araştırmacı kadrolarına atanması” İdare için bağlı yetki haline getirilerek bu işlemlerin idari yargıda iptali önlenmeye çalışılmaktadır. Böylece personel lehine sonuçlanan davalardaki yargı kararlarının gerekçesi de ortadan kaldırılmaktadır.

4971 sayılı Kanunun yayımı tarihinden itibaren aynı kurumda aynı unvanla çalışan personelden, ataması 4971 sayılı Kanundan önce yapılanların, unvan ve statülerine uygun kadrolarda görevlendirilmesi yasal bir zorunluluk idi. Oysa, ataması 4971 sayılı Kanundan sonra yapılanlar, unvan ve statülerini kaybederek görevlendirileceklerdir.

399 sayılı KHK Eki (I) Sayılı Cetvelde yer alan personelin görev unvanları ile araştırmacı kadro görev unvanı arasında hiçbir benzerlik olmadığı gibi, bu kadrolarla araştırmacı kadrosu arasında ek gösterge ve tazminat oranları bakımından da büyük farklılıklar vardır.

657 sayılı Kanunda araştırmacı unvanlı kadroyla ilgili net bir tanımlama olmamasına karşın, araştırmacı kadrosunun; müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, genel müdür yardımcısı, daire başkanı, bölge müdürü, bölge müdür yardımcısı, şube müdürü, şef gibi hiyerarşik kademe ve birimlerle ilgisinin olmadığı ve müfettişlik mesleği gibi bir kariyer meslek olmadığı konusunda hiçbir şüphe yoktur.

3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanunda gösterilen hiyerarşik kademe ve birimler arasında araştırmacı unvanı yoktur. Öte yandan, 657 sayılı Kanunun Ek Göstergeleri düzenleyen 43 üncü maddesinde 1 inci derecedeki Banka Şube Müdürlerinin ek göstergesi 3000 olarak, Daire Başkanlarının ek göstergesi 3600 olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, 1 inci derecede araştırmacı kadrosunda görev yapanların ek göstergesi, Genel İdari Hizmetler sınıfında olup da cetvelde sayılanların dışında kalanlar gibi olup, 2200'dür.

Benzer şekilde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) Sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olan personelin özel hizmet tazminatları ile araştırmacı kadrosunda görev yapanların özel hizmet tazminatları arasında da farklılıklar vardır. Örneğin, Daire Başkanının Özel Hizmet Tazminatı oranı % 200 iken, Araştırmacının Özel Hizmet Tazminatı oranı % 60 dır.

Anayasa'nın 128 inci maddesi uyarınca, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Yasama organı bu bağlamda kanunla düzenleme yaparken, Anayasa'nın 11 inci maddesi gereğince, Anayasa'nın diğer hükümlerine de uygun hareket etmek zorundadır.

Her şeyden önce yasa ile yapılan düzenlemelerde, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine, hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve ilgililerin kazanılmış haklarına dokunulmaması gerekir. Kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Hukuk devletinde bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması önemli ve temel bir ilkedir.

Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar, hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurdur. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasa'nın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir.” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesi, yasama ve yürütmenin yetkilerini kullanırken uymak zorunda oldukları Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin en önde gelenlerindendir. Yasama ve yürütme, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken, bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 10 uncu maddesi “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” şeklindeki amir hükmü ile bu hususu net olarak ifade etmektedir.

Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine göre, kanunların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmeyecek ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Birbirlerinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile, hukukî statüleri kanunla oluşturulan ve bu statü kurallarına güvenerek geleceklerini tasarlayan kamu görevlilerinin kazanılmış hakları ve hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkan “Devlete güven” ilkesi zedelenmiştir.

Örneğin, kamu bankalarında çalışan personel, 4971 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce, kamu bankalarının yeniden yapılandırılarak özelleştirilmesini öngören 4603 sayılı Kanun gereği, özel hukuk hükümlerine göre çalışmayı kabul edip bankada kalma veya bunu kabul etmeyip başka bir kuruma nakledilme konusunda kararını verirken mevcut yasal düzenlemeleri dikkate almıştır. Başka bir deyişle 4046 sayılı Yasa'nın 22 nci maddesi gereği “durumuna uygun boş kadro ve pozisyonlara atanacağı” beklentisiyle karar vermiştir.

Yani, bu personel karar verirken yasalara ve hukuka güvenmiştir. Yürürlükteki bir kanuna göre gelecek hakkındaki kararını veren ve hak sahibi olan kişiler, haklarını ilerde çıkacak bir kanunla kaybedecekleri kuşkusu içinde yaşarlarsa ne hukuksal güvenceden, ne de hukuka ve devlete güvenden söz edilemez. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği gibi, hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri de “güvenilir” olmasıdır.

Kanun önünde eşitlik ilkesine ve kazanılmış hakların korunmaması nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırılık, söz konusu iptali istenen hükümde tüm üst düzey kamu görevlileri için söz konusudur. Bu görevlilerin çoğu, özverili çalışmaları ve belli mesleki kariyerleri nedeniyle bu kadrolara atanmışlardır. Bunların birikimlerinin, çalışma ve çabalarının ürünü olan unvanları, bir kalemde ellerinden alınmakta; gelecekteki yükselme şansları yok edilmektedir.

Özelleştirilen kurumlarda görev yapanlara böyle bir fatura çıkarılması, Anayasa'nın sosyal hukuk devleti niteliği ile bağdaşmaz.

399 sayılı KHK'nin, 3771 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik, 3. maddesinin (b) bendine göre, Araştırmacı kadrolarına atanmaları öngörülen söz konusu KHK eki (I) sayılı Cetvele tabi personel; “Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin kârlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle ... karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri yürüten, genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli (I) sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personeldir.” Görüldüğü gibi (I) sayılı Cetvele tabi personel, ilgili mevzuata göre görevde yükselme suretiyle çeşitli kademelerden geçtikten sonra bulunduğu konuma gelmiş orta ve üst düzey yöneticilerdir. Bu personelin başka kurum ve kuruluşlara nakli, çoğunlukla kendi istek ve iradeleri dışında yapılmaktadır.

Bu kişilerin atanması öngörülen Araştırmacı kadrosu ise, daha önce de belirttiğimiz gibi, statüsü, hiyerarşik konumu ve bağlı olacağı amir belli olmayan, mali ve sosyal hakları bu kişilerin mevcut haklarından çok kötü olan, bu özellikleri itibariyle keyfiliğe açık ve gerçekte de bu şekilde uygulanan bir kadrodur. (I) sayılı Cetvele tabi personelin konumlarına göre hiyerarşik olarak çok daha alt düzeyde bir kadrodur.

Çalıştıkları kurumun orta ve üst düzey yöneticileri olan (I) sayılı Cetvele tabi personelin, kazanılmış hakları olan mevcut kadro ve pozisyonları, hiyerarşik konumları, mali, sosyal ve benzeri her türlü özlük haklarının korunup gözetilerek, mevcut unvanlarıyla aynı veya bunun olanaksız olması halinde en azından ona eşdeğer veya yakın bir kadroya atanması aklın ve adalet duygusunun bir gereği, Anayasada öngörülen hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

“Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen sosyal hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan ve insanca yaşamalarını sağlayan, işsizliği önleyen, millî gelirin adaletli dağıtılması için gerekli tedbirleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyan devlettir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurumlarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını ve işlemesini gerekli kılar. Sosyal hukuk devletinde kişinin korunması, sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasıyla olanaklıdır.” (Anayasa Mahkemesinin E: 1988/19, K: 1988/33 ve E: 1999/50, K: 2001/67 sayılı Kararları)

Sosyal hukuk devleti ilkesine koşut olarak Anayasa'nın 49. maddesindeki,”... 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.” hükmüyle Devlete çalışanların haklarını koruma ve bunun için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir.

Oysa 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde, 5398 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle yapılan değişikle, “sosyal hukuk devleti” gereği çalışanların ve haklarının korunması bir yana, tam tersine nakle tabi personelin mevcut statü ve konumları, nitelikleri, kariyerleri, kazanılmış hakları yok sayılmakta, kendi istek ve iradeleri dışında ve herhangi bir haklı neden yokken, görev unvanları büyük ölçüde düşürülerek henüz konumu, statüsü ve görev tanımı yapılmamış ve uygulamada “şef veya memura denk” sayılan “pasif bir kadroya atanması öngörülmektedir.

Her ne kadar “yeni kurumunda görevine başlayan personelin isteği halinde, boş kadro bulunması ve ilgili mevzuatına uygun olması şartıyla eski kadro veya pozisyonuna uygun kadrolara kurumlarınca atanabileceği” Yasa'da öngörülmüş olsa da, yeni kurumların mevzuatında sınav, hizmet süresi ... gibi sınırlamalar, nakledilen personele olumsuz ve ön yargılı bakılmasından kaynaklanan isteksizlik yüzünden bir daha bu personelin normal yollarla durumlarına uygun kadrolara atanması mümkün olmamaktadır.

Yani iptali istenen hükümle çalışanların korunması bir yana, kazanılmış hakları ile birlikte gelecek beklentileri bile ellerinden alınarak mağdur edilmektedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi, Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine aykırı olup, iptali gerekir.

2) 03.07.2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “ üç yıl süre ile” ibaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

01.08.2003 tarih ve 4971 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesiyle değiştirilen 4046 sayılı Yasa'nın 22. ve 4971 sayılı Yasa'nın geçici 2 nci maddeleriyle, şahsa bağlı hak uygulaması da değiştirilmiş ve aynı düzenleme 5398 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesiyle yapılan değişiklikte de korunmuştur.

Daha önce 3/4/1997 tarih ve 4232 sayılı Yasanın 3 üncü maddesiyle, nakledilen personelin hiç olmazsa mali haklarının korunması için, 4046 sayılı Yasa'nın 22 nci maddesinin sonuna,”Ancak bu madde gereğince nakledilen personelden (Bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dahil) 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek (I) sayılı cetvelde belirtilen personelin, eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge ve her türlü zam ve tazminat (ek tazminat hariç) hakları şahıslarına bağlı olarak atandıkları görevlerde kaldıkları sürece saklı tutulur. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince (I) sayılı cetvele tabi iken bu madde çerçevesinde daha önce nakil işlemi gerçekleştirilenler de bu fıkra hükmünden yararlanırlar.” fıkrası eklenerek “şahsa bağlı hak” uygulaması getirilmiş ve 399 sayılı KHK eki (I) sayılı Cetvele tabi olarak çalışan personelin eski kadrolarına ait mali hakları şahıslarına bağlı olarak saklı tutulmuştu. 4046 sayılı Yasa'nın 22 nci maddesini değiştiren 4971 sayılı Yasa'nın 6 ncı ve geçici 2 nci maddesindeki hükümlerle, bu kez nakledilen personelin eski kadrosunun mali haklarının şahsa bağlı hak olarak saklı tutulması üç yıllık bir süre ile sınırlandırılmış ve aynı düzenleme, iptali istenen ibare ile 5398 sayılı Kanun'da da yer almıştır.

5398 sayılı Kanunun iptali istenen bu düzenlemesine göre, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde belirtilen personelin, eski kadrolarına ait aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatı gibi hakları atandıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile şahıslarına bağlı olarak saklı tutulacak; üç yıl sonra ise, araştırmacı kadrosunun hakları geçerli olacaktır.

Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurlarındandır. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasa'nın 2 nci maddesinde açıklanan “Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir” hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “üç yıl süre ile” ibaresi; kazanılmış hakların korunmasına süre sınırlaması getirdiğinden, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkesini ifade eden Anayasa'nın 11 inci maddesi ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 3.7.2005 tarih ve 5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “ üç yıl süre ile” ibaresi, Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 03.07.2005 tarih ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 20 nci maddesinin (b) bendinin değiştirdiği 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 35 inci maddesi, 5228 sayılı Kanunun 45 inci maddesi ile değiştirilmiş ve bu değişiklikte, araçların muayenelerinin, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında da yapılması, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin bu yetkilerini alt işleticilere aynı standartları sağlamak suretiyle devredilebilmesi esası getirilmiştir.

2918 sayılı Kanunun 5228 sayılı Kanunla değişik 35 inci maddesine dayanılarak çıkarılan “Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelik”in iptali için Danıştay'da açılan davada, davacı tarafından söz konusu 35 inci maddenin de Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş ve iptali istenmiştir.

Danıştay 8 inci Dairesi bu iddiaya katılmış ve 35 inci maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasını 29.03.2005 tarihinde karara bağlamıştır. (Bkz. Danıştay 8 inci Dairesinin 29.03.2005 tarih ve E.2004/5701 sayılı kararı.)

Kararda özetle; araç muayene hizmetinin Anayasanın 47 nci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen özelleştirilebilecek işletme ve varlıklardan kabul edilemeyeceği; bu nedenle bu fıkra kapsamında değerlendirilerek bu fıkrada belirtilen esaslar doğrultusunda özelleştirilemeyeceği, ancak bu hizmetin Anayasanın 47 nci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen esaslar doğrultusunda özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği fakat idareden tamamen koparılamayacağı, kamu hizmetinin yürütülmesinden öncelikle kamu idaresi veya kurumunun görevli olduğu, hizmetin devredilmesi halinde ise yetki alan gerçek veya tüzel kişi kamu idaresi veya kamu kurumu olmadığından, Anayasanın 47 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre bu hizmeti bir başkasına devredemeyeceği hususları belirtilmiş ve 35 inci maddede yapılan düzenlemenin bu gerekçelerle Anayasanın 47 nci maddesine aykırı olduğu öne sürülerek Anayasa Mahkemesince iptali istenmiştir.

Dava süresi bu aşamada iken 21.07. 2005 tarihli ve 5398 sayılı Kanunun 20 nci maddesi ile 2918 sayılı Kanunun 35 inci maddesi yeniden değiştirilmiştir.

Ancak 01.01.2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren bu değişiklik de 35 inci maddenin Anayasa ile uyum haline girmesini sağlayamamıştır.

Çünkü Danıştay 8 inci dairesinin 29.03.2005 tarihli kararında da ifade edildiği gibi, araç muayenesi, Anayasanın 47 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen türden işletme veya varlık değil, bir kamu hizmetidir. Bu nedenle de Anayasanın 47 nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında özelleştirilmesi söz konusu olmayıp; ancak 47 nci maddenin dördüncü fıkrasındaki esaslara göre özel hukuk sözleşmesi ile gerçek veya tüzel kişilere devredilmesi veya yaptırılması mümkündür.

35 inci maddede yapılan son değişiklikte özelleştirme ile ilgili esasların, örneğin istasyonların özelleştirilmesinde değer tespit işlemlerine ilişkin kuralların korunduğu görülmektedir. 5398 sayılı Kanun çıkarılmadan önce bu kurallar, “özelleştirme” niteliğinde uygulamaların yapılmasına imkan vermiştir ve bu imkan kullanılmıştır.

Bu da, 5398 sayılı Kanunla 35 inci maddede yapılan son değişiklikte de, araç muayene hizmetinin gerçek veya tüzel kişilere yalnız devrinin veya yaptırılmasının değil, Anayasanın 47 nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında “özelleştirilme”sinin de öngörüldüğünü ve düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

Bu durum, bu kamu hizmetinin, “işletme veya varlık” olmadığı halde Anayasanın 47 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki esaslara göre özelleştirilmesine imkan sağladığı için Anayasanın 47 nci maddenin üçüncü fıkrasına; kamu hizmetinin ancak özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması ve devredilmesi mümkün olabildiği halde özelleştirilmesine de imkan tanıdığı için, Anayasanın 47 nci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı düşmektedir.

İdare ile hizmetin devredildiği veya yaptırıldığı kişi arasında kurulmuş olan “yetki ve onay verme” şeklindeki bağ ise, durumu asla değiştirmemektedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, maddede yer alan diğer hükümler, hizmetin Anayasanın 47 nci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında “özelleştirme” niteliğinde yapıldığını ve idare ile kurulan bu bağı özünde tamamen ortadan kaldırarak, sözde bıraktığını göstermektedir.

Kaldı ki Anayasanın 47 nci maddesinin dördüncü fıkrasında kamu hizmetinin gerçek ve tüzel kişilere yaptırılması ve devri için bir özel hukuk sözleşmesi gerekli görülürken, 5398 sayılı Kanunun 35 inci maddesinde “yetki verme” sözcüğü kullanılmış ve yetkinin özel hukuk sözleşmesi ile verileceği vurgulanmamıştır. Bu da Anayasanın 47 nci maddesinin 4 üncü fıkrasına aykırı bir başka husustur.

Diğer yandan 35 inci maddenin iptali istenen birinci fıkranın ikinci cümlesinde “yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler”in bu yetkilerini alt işletmecilere devredebilmesine imkan tanımaktadır.

Halbuki, Anayasanın 47 nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre bir kamu hizmetinin ancak kamu tüzel kişileri tarafından özel hukuk sözleşmesi ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması veya devredilmesi mümkündür.

35 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen “alt işleticilere devredenler”, kamu tüzel kişileri veya kamu iktisadi teşebbüsü olmadıkları için bunların hizmeti alt işleticilere devretmesi de, Anayasanın 47 nci maddesine aykırı düşmektedir. Çünkü 47 nci maddenin 4 üncü fıkrası ancak kamu tüzel kişilerinin veya kamu iktisadi teşebbüslerinin yürüttükleri yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilmelerine imkan vermektedir. Bir gerçek veya tüzel kişinin kendisine özel hukuk sözleşmesi ile devredilen veya yaptırılan bir kamu hizmetini alt işleticilere devri ise Anayasanın 47 nci maddesinin imkan tanımadığı bir uygulamadır.

Devir işleminin Ulaştırma Bakanlığının onayı ile yapılması da Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü onay ve özel hukuk sözleşmesi ile devir veya yaptırma, birbirinden farklı işlemlerdir ve birbirinin yerine geçemezler.

Çünkü Anayasanın 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında devir için gerekli görülen özel hukuk sözleşmesinin taraflarından birisi idaredir. Halbuki onay işleminde idare, sözleşmenin tarafı olmadığı için, bu düzenleme kamu hizmeti ile idare arasında korunması gereken bağı da ortadan kaldırmaktadır.

Söz konusu kamu hizmetini yapma yetkisi verilen gerçek veya tüzel kişilerin bu yetkilerini alt işleticilere devretmelerinin, görevin kamusal niteliği nedeniyle, kaynağın Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanımı niteliğini taşıyacağı ve Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı düşeceği de açıktır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde ifade edilmiş olan “hukuk devleti”, “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkeleri ile de çelişir.

Bu nedenlerle, 2918 sayılı Kanunun 5398 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendinin değiştirdiği 35 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleri ile 47 nci maddesinin 3 ve 4 üncü fıkralarına aykırı olan birinci cümlesi ile Anayasanın 2, 6 ve 11 inci maddeleri ile 47 nci maddesinin 3 ve 4 üncü fıkralarına aykırı olan ikinci cümlesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen ve yukarıda açıkça Anayasaya aykırı oldukları gösterilmiş olan 5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin uygulanması halinde, özelleştirilen kuruluşlarda görev yapan müfettişler dışındaki personelin birikimlerinin, çalışma ve çabalarının ürünü olan unvanları, bir kalemde ellerinden alınacak ve gelecekteki yükselme şansları yok edilecektir.

5398 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “üç yıl süre ile” ibaresi; kazanılmış hakların korunmasına süre sınırlaması getirmektedir. Hukukta kazanılmış hak, kamu kesiminde olsun, özel kesimde olsun güvenirliğin kanıtı, uygunluğun, ölçüsüdür. Olmadık bir nedenle çiğnenmesi Anayasal düzeyde haklı bulunamaz ve bu tür bir hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumların doğabileceği açıktır.

5398 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (b) bendinin değiştirdiği 2918 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin uygulanması halinde de, araç muayenesi gibi karayolları trafiği, can ve mal güvenliği bakımından yaşamsal önem taşıyan bir hizmet Anayasaya aykırı olarak özelleştirilerek, kamu güvenliğini değil, kazancı önceleyen bir anlayışla yerine getirilebilecektir. Böyle bir durumun ise hukuk devleti ilkesini zedelemenin yanısıra giderilmesi olanaksız, vatandaşların can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürecek pek çok zarara ve olumsuzluğa yol açabileceği ortadadır.

Bu zarar ve olumsuzlukları engelleyebilmek için, iptali istenen söz konusu hükümlerin, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM

03.07.2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un;

1) 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “üç yıl süre ile” ibaresinin, Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 20 nci maddesinin (b) bendinin değiştirdiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının;

birinci cümlesinin, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduğundan,

ikinci cümlesinin, Anayasanın 2, 6 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduğundan,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”

Dava dilekçesinde yer alan 5398 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerine yönelik iptal istemine açıklık getirilmesine ilişkin olarak dava açanlar tarafından verilen 7.10.2005 günlü ek dilekçe de şöyledir:

“03.07.2005 tarih ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 20 nci maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasını tümüyle değiştirilmediğinden, Anayasa Mahkemesi'nin 2005/110 Esas sayısında kayıtlı davaya ait dava dilekçemizde yer alan;

“3) 20 nci maddesinin (b) bendinin değiştirdiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının;

birinci cümlesinin, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduğundan,

ikinci cümlesinin, Anayasanın 2, 6 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduğundan,”

şeklindeki iptal ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına ilişkin istemimizin,

“3)20 nci maddesinin (b) bendinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Araçların muayeneleri” ibaresinden sonra gelmek üzere eklediği “veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise” ibaresinin ve aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini” ibaresinden sonra gelmek üzere eklediği “Ulaştırma Bakanlığının onayı ile” ibaresinin, Anayasanın 2, 6 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduğundan”

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtiyoruz. Bu nedenle; 03.07.2005 tarihli ve 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un;

1) 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 8 inci maddesinin değiştirdiği 4046 sayılı Kanunun 22 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki “ üç yıl süre ile” ibaresinin, Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 20 nci maddesinin (b) bendinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Araçların muayeneleri” ibaresinden sonra gelmek üzere eklediği “veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise” ibaresinin ve aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini” ibaresinden sonra gelmek üzere eklediği “Ulaştırma Bakanlığının onayı ile” ibaresinin, Anayasanın 2, 6 ve 11 inci maddelerine ve 47 nci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına aykırı olduklarından”

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”"