## GK, E. 2004/61 K. 2004/123 T. 8.12.2004

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 26.10.2005 - 25978**

**İPTAL DAVASINI AÇAN :** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ, Oya ARASLI ve 117 Milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU :** 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 5162 sayılı Yasa ile değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 90. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptal ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

# I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 8.7.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“I. OLAY

12.05.2004 tarih ve 25460 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 05.05.2004 tarih ve 5162 sayılı Toplu Konut Kanununda ve Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerin Toplu Konut idaresi Başkanlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2 nci maddesi ile değiştirilen 2.03.1984 tarih ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası hükmü ile; gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti Toplu Konut idaresi Başkanlığı'na ait arsa ve arazilerden konut uygulama alanı olarak belirlediği alanlarda veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki imar planlarını yapma, yaptırma ve tadil etme yetkisi belediyelerden alınarak Toplu Konut idaresi Başkanlığına verilmiştir.

Yapılan bu düzenleme, Anayasanın 127 nci maddesine aykırı olduğu gibi “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı” ile de uyumlu değildir.

Yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine aykırı olan bu düzenleme uyarınca, Toplu Konut idaresi tarafından yapılıp uygulanacak imar planları, hem yerel yönetimlerle idare arasında sorunlar yaratabilecek, hem de klasik imar tekniği ile hazırlanacak imar planlarında, koruma - kullanma dengesi ile yerel nüfusun çıkarları göz ardı edilebileceğinden kentsel ve çevresel sorunlara da yol açabilecektir. Anayasaya açıkça aykırı olduğundan ve uygulanması halinde de giderilmesi olanaksız zararlar oluşacağı için, bu hüküm hakkında, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

Aşağıda önce 5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile değişik 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun iptali istenilen hükmüne yer verildikten sonra iptali istenilen hükümle ilgili olarak Anayasaya ve Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

II. İPTALİ İSTENEN HÜKÜM

05.05.2004 tarih ve 5162 sayılı Toplu Konut Kanununda ve Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerin Toplu Konut idaresi Başkanlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 02.03.1984 tarih ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir:

“Başkanlık, gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerden konut uygulama alanı olarak belirlediği alanlarda veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye yetkilidir. Bu planlar, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Başkanlık tarafından re'sen yürürlüğe konur”.

III. GEREKÇE

1) Anayasanın 127 nci Maddesine Aykırılık

İptali istenilen 4 üncü maddenin birinci fıkrasındaki tüm cümlelerde, gecekondu dönüşüm projesi uygulanacak alanlarda veya mülkiyeti Toplu Konut idaresi Başkanlığına ait arsa ve arazilerden Başkanlığın konut uygulama alanı olarak belirlediği alanlarda veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda Toplu Konut idaresi Başkanlığına her tür ve ölçekteki imar planını yapma yetkisi verilmekte ve bu yetkinin kullanımına ilişkin esaslar gösterilmektedir.

Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrasında, mahalli idarelerin mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, ikinci

fıkrasında, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; beşinci fıkrasında ise, merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Maddede belirtilen yerinden yönetim ilkesi yerel yönetimlerin özerkliğini vurgulamakta, “mahalli müşterek ihtiyaç kavramı”da herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak ihtiyaç ve beklentileri ifade etmektedir. (Anayasa Mahkemesi, 26.06.2002 Tarih ve E.2001/377, K.2002/59).

Bu hükümden de anlaşılacağı gibi, Anayasamıza göre “mahalli müşterek ihtiyaçlar' yerel yönetimlerce karşılanır. Yerleşme ve konut politikaları ile buna ilişkin imar planlarının Anayasa Mahkemesince tanımlanan mahalli müşterek ihtiyaçlardan olduğu kuşkusuzdur. Nitekim bu husus, Anayasa Mahkemesinin 26.09.1991 tarih ve E.1990/38, K.26.09.1991 sayılı kararında açıkça belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında aynen şöyle denilmiştir:

“İtiraz konusu kural ise, merkezi yönetimin gerekli gördüğü hallerde yerel yönetimlerin yerine geçerek planlamayı parsel düzeyine kadar düzenleme yetkisi vermektedir. Böylece yerel yönetimlerin yasa ile kendilerine verilen planlama yetkilerini yerel gereksinimlere göre kullanmalarını olanaksız duruma getirmektedir. Yasada yerel yönetimlere ait olan yetkilerin geçici olarak alınabileceği belirtilmekle birlikte bunun için bir sınırlama - getirilmediğinden bu yetkilerin merkezi yönetimce çok uzun süre kullanılması olanağını getirmektedir. Bu durum, yerel yönetimlerin özerkliğine idarî vesayet yetkisinin kullanılması dışında bir müdahale olanağı tanımayan Anayasanın 127 nci maddesi ile bağdaşmamaktadır. itiraz konusu düzenlemede bir idarî vesayet ilişkisinin varlığından değil, merkezi yönetimin yerel yönetimlerin planlama yetkilerine yukarıda özetlenen nedenler dışında ve sınırı belirsiz biçimde gelişigüzel el atmasından söz edilebilir.

Yerel planların ülke ve bölge düzeyindeki planlarla, çevresel ve varsa metropoliten alan planlamalarıyla uyum içinde olması gerekir. Bu nedenle imar planlamasının mutlaka ve yalnızca yerel bir gereksinim olarak nitelendirilmesi zordur. imar planlarının bu çok yönlü durumu nedeniyle Yasakoyucu, yetkileri merkezi yönetim ile yerel yönetim arasında paylaştırmıştır. Merkezi yönetime bırakılan yetkilerin kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkiler olduğu görülmektedir. Anayasada imar planı yapılması yetkisinin kime ilişkin olduğu her ne kadar açıklanmamış ise de, yerel imar planlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak gereksinimlerin ön planda yer aldığı gözardı edilemez. Buna göre yerel ortak gereksinimleri karşılamakla görevli yerel yönetimleri, yerel imar planlarının, yapılmasında parsel düzeyine kadar ii... gerekli görülen hallerde ...” gibi takdire göre bir uygulamaya yol açan soyut bir anlatımla, karar süreci dışında bırakan itiraz konusu kuralı, genel ve makro düzeydeki imar planlaması işinin bir bölümünü re'sen merkezi yönetime bırakan düzenlemelerin kapsamı içinde düşünmek de olanaksızdır.

Böylece, itiraz konusu kuralın Anayasanın 127 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu kanısına varılmıştır”

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesine göre; Anayasada imar planı yapma yetkisinin kime ait olduğunun açıklanmamış olmasına karşın, yerel imar planlarının düzenlenmesinin her aşamasında insan ve yerel ortak gereksinimlerin ön planda yer aldığı göz ardı edilemeyeceğinden ve yerel ortak gereksinimleri karşılamakla da yerel yönetimler görevli olduğundan, yerel ölçekteki planların yapılmasında yerel yönetimlerin devre dışı bırakılması mümkün bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararı alırken imar planlamasının yerel hizmet olduğu noktasından hareket etmiş, yerel hizmetin yerel yönetim tarafından yürütülmesi ilkesi üzerinde durmuş, merkezi yönetimin vesayet denetimini aşan müdahalesini önlemeyi amaçlamıştır. Böylece 3194 sayılı Kanunun 7 ve 8 inci maddeleri ile imar planlaması konusunda yetkilendirilen yerel yönetimlerin, Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile de imar planlamasının asıl sahibi oldukları tespit edilerek yetkilerine vesayet denetimini aşan tarzda müdahale edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, imar planlarına ilişkin yetkinin Anayasaya göre mahalli idarelerde bulunması gerekir. Her ne kadar 3194 sayılı imar Kanununun 9 uncu maddesinde sınırlı bazı hallerde ve bu bağlamda toplu konut alanlarında imar planı yapılmasına ilişkin olarak Bayındırlık ve iskan Bakanlığına yetki veren hükümler bulunmaktaysa da, Anayasa Mahkemesine göre, merkezi yönetime bırakılan bu yetkiler, kamu yararı ve ülke geneli ile ilgileri nedeniyle sayılan özellikleri taşıyan somut yerlerle sınırlı makro düzeyde yetkilerdir. Bunun genişletilerek diğer alanları da kapsayacak şekilde imar planı yapma yetkisinin idareye verilmesine Anayasa karşısında olanak bulunmamaktadır.

Bundan dolayı da söz konusu birinci fıkranın birinci cümlesinde Toplu Konut idaresi Başkanlığına verilen yetki, Anayasaya aykırıdır. Birinci fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri de Anayasaya aykırı bir yetkinin kullanımına ilişkin esasları düzenlemeleri bakımından, aynı nedenlerle Anayasa ile çelişmektedir.

Anayasaya aykırı bir hükmün, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ve 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da düşünülemez. Bu yüzden söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle değiştirilen 2985 sayılı Toplu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının tümüyle, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

2) Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na Aykırılık

5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle yapılan düzenleme, Türkiye tarafından 1988 yılında imzalanıp 1991 yılında 3723 sayılı Kanun ile TBMM tarafından onaylanması uygun görülen ve 1992 yılında da 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na da aykırılık teşkil etmektedir.

Şart'ın 2 nci maddesinde “Özerk yerel yönetim ilkesi ulusal mevzuatla ve uygun olduğu durumlarda Anayasa ile tanınacaktır” denilmiş; 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında da,

“Özerk yönetim kavramı yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşır”

hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 127 nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “yerinden yönetim ilkesi” yerel yönetimlerin özerkliğini vurgulamaktadır (Anayasa Mahkemesi, 26.06.2002 Tarih ve E.2001/377, K.2002/59). O halde Anayasamıza göre, karar organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişileri olan yerel yönetimler, özerk kuruluşlar olup merkezi yönetimin hiyerarşik denetimi dışında faaliyetlerini sürdürürler. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın yukarıda açıklanan 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında da, özerk yerel yönetim kavramının; kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı anlamını taşıyacağı belirtilmiştir.

Bu açıklamalar bağlamında, Toplu Konut idaresi Başkanlığı'na verilen imar planı yapma yetkisi, özerk mahalli idarelerin; özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı mahalli müşterek ihtiyaçlardan olan yerleşme ve konut politikaları ile buna ilişkin imar planlarını, kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme yetkisine açık bir müdahale olup Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na da aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasada yer alan bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, “ahde vefa” ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda etraflıca arz ve izah olunan nedenlerle, 5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle değiştirilen 2985 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, gerek mahalli müşterek ihtiyaçlardan olan imar planı yapma yetkisini bir kısım alan, arazi ve arsalar yönünden mahalli idarelerden aldığı, gerek yerel yönetimlerin özerklik ilkesine aykırı olduğu için Anayasanın 127 nci maddesine;

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na ve dolayısıyla “ahde vefa” ilkesine aykırı olduğu için Anayasanın 90 ıncı maddesine; bu hükümlere aykırı olduğu için “hukuk devleti” ve “Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkeleriyle de bağdaşamayacağından Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırıdır. Birinci fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri ise, Anayasaya aykırı bir yetkinin kullanımına ilişkin esasları düzenledikleri için aynı gerekçelerle Anayasanın 2, 11, 90 ve 127 nci maddelerine aykırıdır. Bu nedenle söz konusu birinci fıkranın tümüyle iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Özerk kuruluşların (yerel yönetimlerin) yetkilerini; yasaların değişik maddeleriyle, sözde nedenlerle (bahanelerle) elinden almak, özerkliğe atlanamayışın, demokratikleşmeyi benimsemeyişin, yerel yönetimleri merkezi yönetime mutlak bağlı ve merkezi yönetimi yerel yönetimler üzerinde egemen kılmak isteyişin sonucu olarak değerlendirilebilir.

5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle değiştirilen 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası; Anayasanın 127 nci maddesinde öngörülen mahalli müşterek ihtiyaçların mahalli idarelerce karşılanacağı hükmü ile yerel yönetimlerin özerkliği ilkesine açıkça aykırı olduğundan ve Toplu Konut idaresi Başkanlığı tarafından klasik imar tekniği ile hazırlanacak imar planlarında, koruma kullanma dengesi ile yerel nüfusun çıkarlarının göz ardı edilmesinden kaynaklanabilecek kentsel ve çevresel sorunlar, giderilmesi olanaksız zararlara neden olabileceğinden, bu hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle,

1) 5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 02.03.1984 tarih ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 90 ıncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğu için tümüyle iptaline,

2)5162 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 02.03.1984 tarih ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası açıkça Anayasaya aykırı olduğu ve uygulanması halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar bu fıkranın tümünün yürürlüğünün durdurulmasına,

karar verilmesi yolundaki istemimizi saygı ile arz ederiz.”

# II- YASA KURALLARI

## A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

İptali istenilen 2985 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

**“MADDE 4.-** **Başkanlık, gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerden konut uygulama alanı olarak belirlediği alanlarda veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye yetkilidir. Bu planlar, Büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Başkanlık tarafından re'sen yürürlüğe konur.”**

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 11., 90. ve 127. maddelerine dayanılmıştır.

**İlgili Anayasa Kuralı**

Anayasa'nın 57. maddesi ilgili görülmüştür.

# III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN , Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 15.7.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

# IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

İptal başvurusunda, Anayasamızda imar planı yapacak merciin belirlenmediği, ancak imar planlarının yerleşim ve konut politikalarıyla ilişkisi nedeniyle yerel gereksinimleri ön plana çıkardığı, bu nedenle imar planı yapımının Anayasamızda yerel yönetimlerce karşılanması öngörülen mahalli müşterek ihtiyaçlar kapsamında bulunduğu, bu nedenle, Toplu Konut İdaresi'nin yetkilendirilmesinin Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, ikinci fıkrasında ise kuruluş ve görevleri ile yetkileri yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

İmar planlarının düzenlenmesinde yerel ortak gereksinimlerin gözönünde tutulacağı, ancak gecekondu dönüşüm projesi ve toplu konut uygulamaları yerel ihtiyaç olmanın yanı sıra ülke düzeyinde çözümlenmesi gereken bir sorundur. Yerel yönetimler kendi olanakları ile bu sorunu çözemediklerinden çoğu kez devletin yardım ve desteğini istemektedirler.

Anayasa, kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Nitekim, Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler Bölümünün Konut Hakkı ile ilgili 57. maddesinde Devlete, şehirlerin özellikleri ve şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alma ve toplu konut teşebbüslerini destekleme görevi verilmiştir. Toplu Konut İdaresi, ülkenin konut sorununu çözmek için kurulmuştur. Gecekondu dönüşüm projesi de konut sorununu çözmeye yöneliktir. Birçok belediyenin planlama dairesi ve elemanı olmadığı gibi yerel planı ihale ile yaptıracak maddi gücünün de bulunmadığı bir gerçektir.

Ülkenin konut sorununu çözmek üzere kurulan Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na, gecekondu dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanlarında çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde imar planı yapma yetkisinin verilmesi sosyal devlet olmanın gereğidir.

Ayrıca, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na verilen imar planı yapma yetkisi yerel yönetimleri tamamen devreden çıkarıp dışlamamaktadır. Yasa, belediye meclislerine veya valiliklere Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nca yapılan/yaptırılan imar planlarını üç ay içerisinde aynen ya da değiştirerek onaylama yetkisini vermektedir. Üç aylık sürenin ise yerel yönetimlerin planı incelemeleri ve ilgili kuruluş ve tarafların görüşlerinin de alınmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan hak ve menfaatleri ihlâl edilen gerçek ve tüzelkişilerin yargı mercilerine başvurmalarını engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 2985 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin birinci fıkrası Anayasa'nın 127. maddesine aykırı değildir. Kuralın iptaline ilişkin istemin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

# V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

2.3.1984 günlü, 2985 sayılı “Toplu Konut Kanun” un 5162 sayılı Yasa ile değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

8.12.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

# VI- SONUÇ

5.5.2004 günlü, 5162 sayılı “Toplu Konut Kanununda ve Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerin Toplu Konut İdaresi Başkanlığına Ait Bölümünde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 2. maddesiyle değiştirilen 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 8.12.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

|  |
| --- |
| **Anayasa Mahkemesi Kararı**Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:**Esas Sayısı    : 2001/383****Karar Sayısı : 2003/92****Karar Günü  : 16.10.2003****İPTAL DAVASINI AÇAN :**Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER **İPTAL DAVASININ KONUSU :**26.6.2001 günlü, 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesi ile 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa’nın 128. ve 46. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir. **I - İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ**İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 30.07.2001 günlü dava dilekçesinin gerekçesi şöyledir: **“**l- 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Yasası’nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, “Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir” kuralı getirilmiştir.Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devlet’in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiştir.3194 sayılı İmar Yasası’na ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister “bağlı yetki”, ister “takdir yetkisi” biçiminde kullanılsın “yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme” ve “denetleme” görev ve yetkisi, idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin ve bu konuda yapılacak denetimin aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğunda duraksamaya yer yoktur.Bu durum karşısında, kolluk etkinlikleri içinde yer alan yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme ve bu konuda yapılacak denetim hizmetinin, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekmektedir.4691 sayılı Yasa’nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği ve denetleneceği kurala bağlanmıştır.Aynı Yasa’nın 3. maddesinin (k) bendinde, yönetici şirketin, bu Yasa’ya uygun ve anonim şirket olarak kurulan, bölgenin yönetimi ve işletmesinden sorumlu şirket olduğu belirtilmiş; 5. maddesinin beşinci fıkrasında da, yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişiliği olduğu vurgulanmıştır.Yine aynı Yasa’nın 7. maddesinde ise, yönetici şirkette, yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel çalıştırılacağı kuralı getirilmiştir. “İş ve çalışma mevzuatına” göre çalıştırılan personel, özel hukuk kurallarına göre iş akdine dayalı olarak çalıştırılan personeldir.Oysa, Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrasına göre, Devlet’in, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri yürütecek memur ve diğer kamu görevlileri, statü hukukuna bağlı personeldir.Nitekim, aynı maddenin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği kurala bağlanarak, memurlarla diğer kamu görevlilerinin statü hukukuna bağlı personel olduğu açıkça belirtilmiştir.Bu durumda, yönetici şirket personelini “kamu görevlisi” olarak nitelemeye olanak yoktur.Her ne kadar, 4691 sayılı Yasa’nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile üniversite personelinden bölgede gerçekleştirilecek etkinliklerde araştırmacı olarak hizmetine gereksinme duyulanların, bağlı oldukları kurum ya da kuruluşların izni ile, yönetici şirketlerde sürekli ya da yarı zamanlı çalışabilecekleri öngörülmüş ise de, bu durumun, şirketin ve asli çalışanların hukuksal statüsü karşısında sonuca etkili olduğu söylenemez.Buna göre, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni vermenin ve denetlemenin, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmeti olduğu açık bulunduğundan,  4691  sayılı  Yasa’nın  4.  maddesinin  üçüncü  fıkrasının,   arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin, bir özel  hukuk  tüzel  kişisi  olan  yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğini öngören üçüncü tümcesi, Anayasa’nın  128. maddesine aykırılıkoluşturmaktadır.2 - 4691 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinde, “Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişiliğidir” kuralına yer verilmiştir.Kamulaştırma, öz yönünden devlet ve kamu tüzel kişileri yararına tanınmış bir yetkidir. Ancak, genel yararın gerektirdiği durumlarda gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri yararına da kamulaştırma yapılabileceği kabul edilmektedir.Anayasa’nın 46. maddesinin birinci fıkrasında, “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir” kuralına yer verilerek, kamulaştırma yapma yetkisi yalnızca Devlet’e ve kamu tüzel kişilerine tanınmıştır.Maddenin diğer fıkralarında gerçek kişiler ya da özel hukuk kişileri yararına kamulaştırmadan sözedilmemiştir. Ne var ki, Anayasakoyucu tarafından bu konuda engelleyici ya da yasaklayıcı bir kural da öngörülmemiştir. Yalnızca, Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yasayla gösterilen ilke ve yöntemlere göre kamulaştırma yapmaya yetkili oldukları belirtilip, gerekli öteki düzenlemeler yasaya bırakılmıştır. Nitekim, 2942 sayılı Kamulaştırma Yasası’nda, kamulaştırmaya ilişkin ilke ve yöntemlere ayrıntılı biçimde yer verilmiştir.Kamu yararının gerektirdiği durumlarda gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişileri adına kamulaştırma yapabilme olanağı 2942 sayılı Yasa’nın 1. maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanmaktadır. Bu fıkrada, “Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da bu Kanun hükümleri uygulanır” kuralı bulunmaktadır. Bu kuralda yer verilen “adına yapılacak” anlatımıyla, kamulaştırmanın, gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerince değil, onların adına Devlet ya da kamu tüzel kişilerince yapılması öngörülmektedir.Oysa, 4691 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesindeki kuralla, yönetici şirkete kendi adına kamulaştırma yapma yetkisi verilmektedir.Aynı Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasında, yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmiştir.Böylece, 4691 sayılı Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesi ile, bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirkete, kendi adına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi verilmiş olmaktadır.Bu durumda, söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 46. maddesine açıkça aykırı düşmektedir.”**II - YASA METİNLERİ****A - İptali İstenen Yasa Kuralları**1) 4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun 4. maddesinin  dava konusu tümceyi de içeren üçüncü fıkrası şöyledir:“Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir.”2) Yasa’nın dava konusu tümcesini de içeren 5. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:“Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişiliğidir...” denilmektedir.**B - Dayanılan Anayasa Kuralları**Dava dilekçesinde, Anayasa’nın 128. ve 46. maddelerine dayanılmıştır. **III - İLK İNCELEME**Anayasa     Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA’nın katılımlarıyla 12.9.2001 günü yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü  durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.**IV - ESASIN İNCELENMESİ**Dava dilekçesi, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleriyle diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü: **A - 4. Maddenin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Tümcesinin İncelenmesi**4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, “*Arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler yönetici şirket tarafından verilir ve denetlenir*”  denilmektedir.Dava dilekçesinde, yapı ruhsatı ve kullanma izni vermenin ve denetlemenin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli kamu hizmeti olduğu, dava konusu tümcede ise, arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi, yapımı ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörüldüğü,  dava konusu kuralın bu nedenle Anayasa’nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.İptali istenilen tümceye göre yönetici şirket,  arazi kullanımını belirleyecek, yapı ve tesisleri projelendirecek, yapı ve tesislerin inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinleri verecek ve denetleyecektir.Arazinin maddi alt yapısını oluşturacak olan tüm etkinlikler ve yatırımları yönlendirecek yöresel ve bölgesel planlamalar, arazi kullanımının belirlenmesi anlamına gelmektedir.Yapı ve tesislerin projelendirilmesi ise; inşasına karar verilen yapılar için ruhsat alınabilmesinin ön koşulu olarak, yapı ile ilgili projelerin, kanuna, plâna, ilgili yönetmelik hükümlerine ve imar durumuna uygun olarak hazırlanmasıdır. Sözü geçen arazi kullanımı ile yapı ve tesislerin projelendirilmesi, ruhsat öncesi, aşamalar olup, yapı sahipleri tarafından hazırlanıp ilgili birimlere sunulması gereken evrelerdir.Yapı ve tesislerin inşası, kullanımı ile ilgili ruhsat ve izinlerin verilmesi ve denetlenmesi ise, yapı ve tesislere ruhsat verilmesi ve yapım sırası ve sonrasındaki denetim ve sorumlulukları kapsamaktadır.Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 günlü, E.1985/11, K.1986/29 sayılı kararında da belirtildiği gibi, ister bağlı yetki ister takdir yetkisi biçiminde kullanılsın “yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme” ve “denetleme” görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer almakta olup, bu konuda yapılacak denetim de asli ve sürekli bir kamu hizmetidir. Başka bir anlatımla yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermek, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken  kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa’nın 128. maddesine göre de, belirtilen nitelikteki görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.4691 sayılı Kanun’un 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, belirtilen ruhsat ve izinlerin yönetici şirket tarafından verileceği öngörülmüştür.Aynı Yasa’nın 3. maddesinin (k) bendinde, yönetici şirketin bir anonim şirket, 5. maddesinin beşinci fıkrasında da bu şirketin özel hukuk tüzel kişisi olduğu, 7. maddesinde ise, yönetici şirkette, yürürlükteki iş ve çalışma mevzuatına göre personel çalıştırılacağı belirtilmiştir.Buna göre iş ve çalışma mevzuatı uyarınca çalıştırılan personel özel hukuk kurallarına tabi olarak hizmet sözleşmesi ile çalıştırılacağından, yönetici şirket personelini kamu  görevlisi  olarak  nitelemek  hukuken  olanaksızdır. Bu bağlamda Yasa’nın 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre  sözkonusu şirkette, kamu personelinin de çalıştırılabilmesi, bu şirketin özel hukuk tüzelkişisi  olma niteliğini etkilemez.Bu durumda, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi ve denetlenmesinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir kamu hizmeti olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilmesi gerekirken, dava konusu kuralla, ruhsat ve izinlerin bir özel hukuk tüzel kişisi olan yönetici şirket tarafından verilip denetleneceğinin öngörülmesi, Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır.Açıklanan nedenlerle, 4691 sayılı Yasa’nın 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinin iptali gerekir.Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır. **B - 5. Maddenin  Beşinci Fıkrasının Birinci Tümcesinin  İncelenmesi**4691 sayılı Kanun’un 5. maddesinin beşinci fıkrasının iptali istenen birinci tümcesinde “*Yönetici şirket, kamu yararı gerekçesi ile adına kamulaştırma yapan veya yaptıran bir özel hukuk tüzel kişisidir*.” denilmektedir.Dava dilekçesinde; kamulaştırmanın öz yönünden devlet ve kamu tüzel kişileri yararına tanınmış bir yetki olduğu, ancak genel yararın gerektirdiği durumlarda gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişileri yararına da kamulaştırma yapılabileceği, Anayasa’nın 46. maddesinde kamulaştırma yetkisinin yalnızca Devlet’e ve kamu tüzel kişilerine tanındığı, maddede gerçek ya da özel hukuk tüzelkişileri yararına kamulaştırmadan söz edilmemekle birlikte bu konuda engelleyici ya da yasaklayıcı bir kural da öngörülmediği, gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yasaya bırakıldığı, öte yandan, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 1. maddesinde gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri adına yapılacak kamulaştırmaların da Devlet ya da kamu tüzelkişilerince yapılacağının öngörüldüğü, buna karşılık dava konusu tümceyle yönetici şirkete kendi adına kamulaştırma yapma yetkisinin verildiği öne sürülmektedir.Anayasa’nın “kamulaştırma”yı düzenleyen 46. maddesinin birinci fıkrasında, “*Devlet ve kamu tüzel kişileri kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar**kurmaya yetkilidir*.” denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde Devletin ve kamu tüzelkişilerinin, malikinin rızası olmaksızın özel mülkiyete son verebilmesi anlamını taşımaktadır.Buna göre, kamulaştırmanın konusu salt özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallardır. Devlet ve kamu tüzelkişileri, kanunla gösterilen esas ve usullere göre özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını kamulaştırmaya ya da bunların üzerinde idari irtifaklar  kurmaya yetkilidir.İptali istenilen kuralla, Anayasa’nın 46. maddesine aykırı olarak özel hukuk tüzel kişisine kamulaştırma yetkisi tanınmaktadır. Kamulaştırma bir kamu gücünün kullanılmasını gerektirdiği için özel kişiler tarafından kullanılabilecek bir yetki olamaz. Ancak, gerçek ya da özel hukuk tüzelkişilerinin başvuruları üzerine kamu yararı bulunması halinde yürüttükleri hizmet bakımından denetimine bağlı oldukları kamu tüzelkişileri tarafından kamulaştırma yapılabilir. Nitekim 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 1. maddesinde, özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına kamulaştırma yapılabileceği ve bu kamulaştırmalarda da anılan yasa hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmaktadır.Belirtilen hukuksal durum karşısında, Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasında yönetici şirketin bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtildiği halde,  aynı maddenin beşinci fıkrasının dava konusu edilen birinci tümcesi ile bu şirkete kendi adına doğrudan kamulaştırma yapma yetkisi verilmiş olması Anayasa’nın 46. maddesine aykırıdır.Açıklanan nedenlerle, 5. maddenin  birinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, Haşim KILIÇ’ın “Tümcenin iptali isteminin reddi”, Samia AKBULUT’un ise “Tümcenin ... yapan veya ... sözcükleriyle sınırlı olarak iptali” gerektiği yolundaki karşı oyları ve oy çokluğuyla karar verildi.**V - YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ**26.6.2001 günlü, 4691 sayılı  Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci tümcesi, 16.10.2003 günlü, E. 2001/ 383, K. 2003/92 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu kuralların uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için  kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 16.10.2003 gününde oybirliği ile karar verildi.            **VI - SONUÇ**26.6.2001  günlü,  4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun;1- 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ’ınkarşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,2- 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve  İPTALİNE,  Haşim  KILIÇ’ın“Tümcenin reddi”, Samia AKBULUT’un ise “Tümcenin ‘... yapan veya ...’ sözcükleriyle sınırlı olarak iptali” gerektiği yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,16.10.2003 gününde  karar verildi.   **KARŞIOY GEREKÇESİ****A -**4691 sayılı Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu’nun 4. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde, Teknoloji Geliştirme Bölgeleri’nin yönetim ve işletmesinden sorumlu “Yönetici Şirketlere” belirlenen bölgelerle sınırlı olmak üzere arazi kullanımı, yapı ve tesislerin projelendirilmesi inşaası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinleri verebileceği ve denetleyeceği öngörülmüştür. Kolluk  hizmetlerinden olan inşaat ve kullanım ruhsat ve izinlerinin ancak kamu görevlileri eliyle görülebileceği yolundaki çoğunluk görüşü gereğince kural iptal edilmiştir. Teknoloji Geliştirme Bölgelerinin yönetim ve işletmesinden sorumlu olarak kurulan  yönetici şirketlerin kurucuları arasında üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ya da AR-GE merkez veya enstitülerinin bulunacağı Yasa’nın 5. maddesinde öngörülmekte ancak, hukuksal yapısının da özel hukuk tüzelkişisi olduğu belirtilmektedir. Anayasa’nın 128. maddesinde Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği öngörülmüştür. Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında bulunan kamu hizmetlerinden devredilebilir nitelikteki bazı kamu hizmetleri ancak imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile  özel hukuk sujelerine gördürülebiliyor idi. Ancak, 13.8.1999 gün ve 4446 sayılı Yasa ile Anayasa’nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile devredilebilir nitelikteki kimi kamu hizmetlerinin özel kişilere devredilmesi ve özel hukuk  hükümlerine göre yürütülmesi olanaklı  hâle gelmiştir. Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında  bulunmakla beraber devredilebilir nitelikteki  kamu hizmetlerinin saptanabilmesi ancak, devri öngören yasal düzenlemenin kapsamına ve amacına bakılarak mümkün olabilir. Bu çerçeve içinde değerlendirildiğinde iptali istenen kuralda yönetici şirketlere  teknoloji bölgeleriyle sınırlı olarak  inşaat ve kullanıma ilişkin ruhsat ve  izin verme yetkisinin idari bir kamu hizmeti niteliği açıktır. Bu tür idari kamu hizmetleri bir tür kolluk  gücü olarak nitelense de adli kolluk  güçlerinde ya da ulusal güvenlik güçlerinde olduğu gibi, Devletin egemenliği ile doğrudan bağlantısı olmaması nedeniyle özel kişilere özel hukuk kuralları ya da imtiyaz sözleşmeleriyle gördürülmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle belirtilen idari kamu hizmeti, mutlaka kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi gereken  hizmet olarak nitelendirilemez. Kaldı ki devredilen yetkinin teknoloji bölgeleriyle sınırlı olması, yönetici şirket içinde kurucu olarak kamu kurumlarının bulunması Yasa’nın 5. ve 6. maddelerinde belirtilen Bakanlığın yönetici şirket üzerindeki denetim ve gözetim yetkisinin birlikte değerlendirilmesinden, bu tür hizmetin özel kişilerce görülmesinin hukuken mümkün olmadığı biçimindeki görüşe ulaşmaya elverişli olmadığı sonucu çıkmaktadır. **B -**Yasa’nın 5. maddesinin beşinci fıkrasının birinci tümcesinde Yönetici Şirket  kamu yararı gerekçeleriyle adına kamulaştırma yapan veya yaptıran özel hukuk tüzelkişisi olarak  yetkilendirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, aynı fıkranın ikinci tümcesinde kamulaştırmanın en önemli aşaması olan “kamu yararı kararının” yönetici şirketin başvurusu üzerine Bakanlıkça verileceği açıkça belirtilmiştir. Anayasa’nın 46. maddesinde kamu yararının gerektiği durumlarda özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamulaştırılmasına izin  verilmesinde aranan “kamu yararının gerektirdiği durum” kamu idaresi olan Bakanlıkça yerine getirilmektedir. Bunun dışında gerçek karşılığının ödenmesinde uygulamaya dönük esas ve usullerin  yürütülmesi de Kamulaştırma Yasası’na  bağlı olacağı kuşkusuzdur. Nitekim Teknoloji Bölgeleri de ihtiyaç duyulan arazilerin sağlanmasında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerinin uygulanacağı Yasa’nın 4. maddesinin dördüncü fıkrasında  belirtilmekte, alt ve üst yapılara ilişkin tüm harcamaların yönetici şirkete ait olacağı aynı madde de açıkça yer almaktadır. Belirtilen nedenlerle, Anayasa’ya aykırı görmediğim kurallara ilişkin, çoğunluğun iptal yolundaki kararına katılmadım.                                                                                                                                                          Başkanvekili                                                                                                                                                        Haşim KILIÇ |

## GK, E. 2005/110 K. 2005/111 T. 29.12.2005

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 26.07.2006 - 26240**

**İPTAL DAVASINI AÇAN:** Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ, Kemal ANADOL ve 113 Milletvekili

**İPTAL DAVASININ KONUSU:** 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A) 8. maddesiyle değiştirilen 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinin;

1) İkinci fıkrasının üçüncü tümcesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine,

2) Altıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “…üç yıl süre ile …” ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine,

B) 20. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının; birinci tümcesine eklenen “… veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise …” ibaresi ile ikinci tümcesine eklenen “…Ulaştırma Bakanlığının onayı ile …” ibaresinin Anayasa'nın 2., 6., 11. ve 47. maddelerine,

aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

# 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.”

# II- İPTALİ İSTENİLEN YASA KURALLARI

3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın iptali istenilen tümce ve ibarelerinin de yer aldığı kuralları şöyledir:

1- “**MADDE 8.-** 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 22.-Özelleştirme programına alınan kuruluşlarda (iştirakler hariç) ilgili kuruluş veya İdare tarafından istihdam fazlası personel belirlenmesi ya da bu kuruluşların kısmen veya tamamen satışı nedeniyle kamu tüzel kişiliğinin sona ermesi, devredilmesi, küçültülmesi, faaliyetlerinin durdurulması, kapatılması, tasfiye edilmesi halinde; bu kuruluşlarda programa alınma tarihi itibarıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi olarak veya sözleşmeli statüde çalışmakta olanlar ile iş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel, kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere yukarıda belirtilen işlemlerin tamamlanmasından itibaren onbeş gün içerisinde İdare tarafından Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Nakil hakkı tanınan bir kadro veya pozisyonda görev yapmakta iken İdare tarafından ihdas edilen ve iş kanunlarına tâbi olan kadrolara atanmayı kabul edenler ile kuruluş özelleştirme programına alındıktan sonra kuruluşa naklen veya açıktan atananlar bu madde ile getirilen nakil hakkından yararlanamaz. İdare, özelleştirme programındaki kuruluşlarda nakil hakkı kapsamında yer alan kadro ve pozisyonlardan boş bulunanları iptal etmeye, kadro ve pozisyonların yerini, aynı kuruluş bünyesindeki şirketler veya işyerleri arasında değiştirmeye yetkilidir. Özelleştirme programındaki herhangi bir kuruluşun personeli, İdare tarafından özelleştirilecek kuruluşlarda görevlendirilebilir ve yetkilendirilebilirler.

Nakle tâbi personelin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kazanılmış hak aylık derecesinden aşağı olmamak kaydıyla, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının boş kadrolarından Devlet Personel Başkanlığınca tespit edilen kadroya, anılan Başkanlık tarafından kırkbeş gün içerisinde ataması teklif edilir. 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının (özelleştirme kapsamındaki kuruluşlar hariç) mevcut boş kadro veya pozisyonlarına da ihtiyaçlar doğrultusunda atama teklifi yapılabilir. **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.** 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. Devlet Personel Başkanlığı tarafından gönderilen atama teklif yazısının atamayı yapacak kamu kurum ve kuruluşuna intikalinden itibaren otuz gün içerisinde bu kurum ve kuruluş tarafından atama işlemlerinin yapılması zorunludur. Naklen atanan personel hakkında geçici 9 uncu madde hükümleri dikkate alınır.

Kuruluşun satılması veya devredilmesi halinde bu kuruluşta çalışan nakle tâbi personelin ataması yukarıdaki hükümlere göre yapıldıktan sonra atama emri, ilgili personele atamayı yapan kurum veya kuruluş tarafından, istihdam fazlası personel için yapılacak atama emri ise kuruluşu tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63 üncü maddeleri hükümlerinin uygulanmasından atamayı yapan kamu kurum ve kuruluşu sorumludur. Kurum ve kuruluşlar atama ve göreve başlatma işlemlerinin sonucunu en geç onbeş gün içerisinde Devlet Personel Başkanlığına bildirirler. Yeni kurumunda görevine başlayan personel istekleri halinde, boş kadro bulunması ve ilgili mevzuata uygun olması şartıyla eski kadro veya pozisyonuna uygun kadrolara kurumlarınca atanabilirler. Askerlik görevlerini yapmakta olanlar için yukarıdaki süreler terhislerini takip eden aybaşından itibaren başlar. Bu madde gereğince diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak nakil sebebiyle boşalan kadro ve pozisyonlar, boşaldıkları tarihten itibaren herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Bu maddenin birinci fıkrasına göre diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere Devlet Personel Başkanlığına bildirilen personelin, kuruluşun kamu tüzel kişiliğinin sona erdiği tarihten, yeni kurumlarında göreve başlayacakları tarihi takip eden aybaşına kadar geçecek süreye ilişkin olarak eski kadro veya pozisyonlarına ait aylık, ücret, varsa ikramiye ve ücrete bağlı diğer malî hakları ile yeni kurumlarında göreve başlayacakları tarihe kadar geçecek süredeki sosyal hak ve yardımları (harcırah, sağlık giderleri, cenaze giderleri ve ölüm yardımı) Özelleştirme Fonundan ödenir ve bunlardan T.C. Emekli Sandığına tâbi olanların bu süre içinde Sandıkla olan ilgileri devam eder. Eski görev yerinden alınan aylık ve diğer malî haklar için borç çıkarılmaz ve kurumlar arasında herhangi bir hesaplaşma yapılmaz. Personelin Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten yeni görev yerlerine başlayacakları tarihe kadar geçecek süredeki aylık ve ücretlerindeki artışlar, beşinci ve altıncı fıkraların uygulanmasında dikkate alınmaz. Bu personelden nakil sürecinde emekli olanlara T.C. Emekli Sandığınca ödenen emekli ikramiyeleri, makam, görev ve temsil tazminatları ile ölüm yardımları, ödenmesini takiben iki ay içerisinde faturası karşılığında Hazine tarafından T.C. Emekli Sandığına ödenir. Nakil hakkına sahip olarak iş kanunlarına tâbi çalışmakta iken özelleştirme uygulamaları nedeniyle istihdam fazlası personel olarak belirlenenlerden, kararın kendilerine tebliği tarihinden başlayarak on gün içinde nakil hakkından vazgeçtiğini beyan edenlerin iş sözleşmeleri feshedilmiş sayılır ve bunların ihbar ve kıdem tazminatları Özelleştirme Fonundan karşılanır. Kuruluşun özelleştirme uygulaması sonucu nihai devir işlemlerinin onaylanmasına ilişkin kararın Resmi Gazetede yayımından itibaren on gün içinde nakil hakkından vazgeçtiğini çalıştığı kuruluşa yazılı olarak bildiren nakil hakkına sahip iş kanunlarına tâbi personelin de iş sözleşmeleri feshedilmiş sayılır ve bunların ihbar ve kıdem tazminatları Özelleştirme Fonundan karşılanır. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere isimleri Devlet Personel Başkanlığına bildirilenlerden; nakil süreci içerisinde kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde iş sözleşmeleri sona erenlerin kıdem tazminatları da Özelleştirme Fonundan ödenir. İş kanunlarına tâbi olarak çalışmakta iken, bu madde gereğince diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen personele kıdem tazminatı ödenmez ve bunların önceden kıdem tazminatı ödenmiş süreleri hariç, kıdem tazminatına esas hizmet süreleri 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyelerinin hesabında dikkate alınır.

Bu madde hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personele, Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları sözleşme ücreti, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ikramiye, bankacılık tazminatı, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); nakledildiği kurum veya kuruluştaki kadro veya pozisyonlara ilişkin olarak yapılan aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, sözleşme ücreti, ücret, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere fark tazminatı ödenmesine son verilir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tâbi tutulan personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dâhil), Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı bir bütün olarak, göreve başladıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere **üç yıl süre ile** saklı tutulur ve şahsa bağlı haktan yararlanılan süreler 5434 sayılı Kanunun ek 68 inci ve ek 73 üncü maddelerinde belirtilen sürelerin hesabında (daha önce nakledilenler dâhil) dikkate alınır. İlgililerin yeni kadrolarına atandıkları tarihten önce, eski kadroları için mevcut olan ve saklı haklar kapsamında bulunan gösterge, puan, oran ve katsayı artışları şahsa bağlı haklarda artış sayılır. Ancak eski kadro için bu tarihten sonra ihdas edilmiş hiçbir malî ve sosyal hak ve yardım ile sair ödemeler şahsa bağlı hak kapsamında değerlendirilmez. Atanılan kadrodaki derece yükselmeleri veya kademe ilerlemeleri, aylık gösterge ve ek gösterge dışındaki ödemelerde, şahsa bağlı olarak saklı tutulan hakların ödendiği eski kadronun derecelerinin yükseltilmesi veya kademelerinin ilerletilmesi sonucunu doğurmaz. Bu personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dâhil), Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); nakledildiği kurum ve kuruluş tarafından şahsa bağlı hak olarak ödenen aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı ödemeleri ile şahsa bağlı hak dışında yapılan ikramiye, ücret, ek ücret, ek ödeme, ek tazminat, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere şahsa bağlı hak uygulaması ile fark tazminatı ödenmesine son verilir.

2- **“MADDE 20.-** 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun;

a) 8 inci maddesinin (c) bendinde yer alan “tescile bağlı araçların muayenelerini” ibaresinden sonra gelmek üzere “yapmak veya” ibaresi,

b) 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Araçların muayeneleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında **veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise”** ibaresi ile aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer alan “Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini” ibaresinden sonra gelmek üzere **“Ulaştırma Bakanlığının onayı ile”** ibaresi,

Eklenmiştir.”

# III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 26.10.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

# IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, ek dilekçe, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

**A- 5398 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle değiştirilen 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin;**

**1) İkinci fıkrasının üçüncü tümcesinin incelenmesi**

Dava dilekçesinde, araştırmacı kadrosuna atanması öngörülen personelin bulunduğu kadro unvanları ile araştırmacı kadro unvanı arasında hiçbir benzerliğin olmadığı, söz konusu personelin bulunduğu kadroların ek gösterge ve tazminat oranlarına kıyasla daha düşük ek göstergesi ve tazminatı bulunan hiyerarşik kademe ve birimler arasında yer almayan araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırılık oluşturacağı, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde yer alan unvanlardan mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların atama tekliflerinin görev unvanlarına uygun kadrolara yapılacağının öngörülmesine rağmen, diğer unvanlarda görev yapanlar bakımından bu yönde bir düzenleme yapılmamasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı, 5398 sayılı Yasanın anılan hükmü ile 4971 sayılı Yasa'nın benzer hükmünden önce yürürlükte bulunan 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca “durumuna uygun boş kadro ve pozisyonlara atanacağı” beklentisiyle diğer kamu kurumlarına nakil talebinde bulunan kamu personeli yönünden Devlete güven ilkesinin zedeleneceği, idari yargı denetiminin etkisiz kılınmasının amaçlandığı, Anayasa ile Devlete çalışanlarının haklarını koruma ve bunun için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiş iken nakle tabi personelin mevcut statü ve konumları, nitelikleri, kariyerleri, kazanılmış haklarının yok sayılarak konumu, statüsü, görev tanımı yapılmamış bir kadroya atanmalarının öngörülmesinin sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı, belirtilen nedenlerle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 22. maddesinde, özelleştirme uygulamaları sonucunda nakle tabi tutulan personelin kural olarak 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının boş kadrolarından Devlet Personel Başkanlığı'nca tespit edilen kadrolara atanmaları öngörülmüş, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının mevcut boş kadro ve pozisyonlarına ise ihtiyaç doğrultusunda atama yapılabileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme ile nakle tabi personelin atanacağı kadronun belirlenmesi bakımından Devlet Personel Başkanlığı yetkili kılınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasının iptali istenilen üçüncü tümcesinde ise, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olanlar ile burada sayılan unvanlarla çalışan diğer statülerdeki personelin atanacağı kadroların doğrudan Yasa ile belirlenmesi yoluna gidilmiş ve bu kişilerin Araştırmacı unvanlı kadrolara atanmaları öngörülmüştür.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen personel, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ile bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerini yürütmekle görevli personel grubunu oluşturmaktadır. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin kârlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşun çalışmalarını doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisi, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen personel tarafından yerine getirilmektedir. Bu itibarla, söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde yer alan kadrolar, genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları başta olmak üzere üst düzey yönetici ve denetleyici konumunda bulunan personele ait kadrolardan oluşmaktadır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (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 tekliflerinin, söz konusu görev unvanına uygun kadrolara yapılacağı yolundaki 4046 sayılı Yasa'nın özel hükmü nedeniyle araştırmacı kadrosuna atanması öngörülen personel, üst düzey yöneticilerden ibaret bulunmaktadır.

“Yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. 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.

Özelleştirme uygulamaları sonucu nakle tabi kılınan 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde yer alan kadro unvanlarında bulunan personelin, durumlarındaki özellikler gözetilerek farklı kurallara tabi tutulmaları mümkün olduğundan, mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların yürüttükleri görevin özelliği dikkate alınarak görev unvanlarına uygun kadrolara atanmalarının öngörülmesi, diğer personel yönünden eşitlik ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açmamaktadır. Mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve meslek içi eğitimden sonra yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanlar ile bu konumda bulunmayan diğer personel aynı durumda olmadığından, ayrı kurallara bağlı tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk devletinin genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilmelidir. Ancak, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir.

Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla yasa koyucunun, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleme ve kamu görevlilerinin statülerine ilişkin yeni kurallar koyma ya da var olan kuralları değiştirme yetkisi vardır.

Özelleştirme uygulamaları sonucu nakle tabi tutulan personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan atamalarında mevcut unvanlarının korunmasının her zaman mümkün olamaması, bu kişilerin atanacakları kadroların yasa koyucu tarafından belirlenmesi sonucuna yol açmıştır. Bu amaçla, Araştırmacı unvanlı kadrolar ihdas edilmiş ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde yer alan kadro unvanlarında bulunan personelin bu unvanlı kadrolara atanmaları öngörülmüştür. Ayrıca, atandığı kurumda görevine başlayan personelin isteği halinde, boş kadro bulunması ve ilgili mevzuata uygun olması şartıyla eski kadro ve pozisyonuna uygun kadrolara kurumlarınca atanabilme olanağı da tanınmıştır.

Öte yandan, özlük hakları yönünden de ilgililer lehine özel düzenlemeler getirilmiştir. Araştırmacı kadrosuna atanması öngörülen personelden, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olanların kadrolarına ilişkin olarak almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatının şahsa bağlı hak olarak saklı tutulmak suretiyle üç yıl boyunca kendilerine ödenmeye devam edeceği ve bu süre içinde eski kadrolarına ilişkin olarak saklı haklar kapsamında bulunan gösterge, puan, oran ve katsayı artışlarının şahsa bağlı haklarda artış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca, bu personelin nakil öncesi kendisine yapılan ödemelerin toplam net tutarının, nakil sonrası yapılan ödemelerin net tutarından fazla olması halinde de aradaki fark tutarının herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın aradaki bu fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödeneceği hükmüne yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, araştırmacı kadrosunda göreve başladığı tarihi izleyen aybaşından itibaren şahsa bağlı haktan yararlanılan üç yıllık sürenin, ilgililerin 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun ek 68. ve ek 73. maddelerinde belirtilen sürelerin hesabında da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm ile şahsa bağlı hak uygulamasının geçerli olduğu süre, 5434 sayılı Yasa'nın ek 68. maddesinde emekliye ayrılanlara makam tazminatı ödenebilmesi için makam tazminatı ödenmesini gerektiren görevlerde çalışılması gereken süreye, ek 73. maddesinde ise ek göstergeli görevlere atananların atandıkları görevin ek göstergesi üzerinden emekli aylığı ve ikramiyesi ödenebilmesi için gereken süreye dahil edilmiş olmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

**2) Altıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “… üç yıl süre ile …” ibaresinin incelenmesi**

Dava dilekçesinde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde belirtilen personele şahsa bağlı hak kapsamında yapılacak ödemelerin üç yıllık bir süre ile sınırlandırılmasının ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal ettiği, bu nedenle söz konusu düzenlemede yer alan “… üç yıl süre ile …” ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde, özelleştirme uygulamaları nedeniyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen personelin parasal hakları özel olarak düzenlenmiş ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tabi tutulan personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dahil) Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatının bir bütün olarak, göreve başladıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile saklı tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk devletinin genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. 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.

“Şahsa bağlı hak” uygulaması, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapan personele yapılacak ödemeler bakımından esas alınması öngörülen tek yöntemi oluşturmamaktadır. Yasa koyucu, söz konusu personele yapılacak ödemeler bakımından “fark tazminatı ödenmesi” uygulamasını da kabul etmiştir. Buna göre, personelin Devlet Personel Başkanlığına bildirildiği tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının; nakledildiği kurum ve kuruluş tarafından şahsa bağlı hak olarak ödenen aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı ödemeleri ile şahsa bağlı hak dışında yapılan ikramiye, ücret, ek ücret, ek ödeme, ek tazminat, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarının, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenmesi öngörülmüştür.

“Şahsa bağlı hak” uygulaması 3 yıllık süre ile sınırlanmış iken “fark tazminatı ödenmesi” uygulaması, aradaki farkın kapanmasına kadar uygulanacak bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Şahsa bağlı hak ve fark tazminatı ödenmesi uygulamalarına belirtilen hallerin gerçekleşmesinden daha önce son verilmesi, ancak ilgililerin atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteklerine bağlı olarak herhangi bir değişiklik olması ya da başka kurumlara geçmeleri koşuluna bağlanmıştır.

Statü hukukunda, memurlara yapılacak parasal hak ödemeleri bakımından ilgilinin bulunduğu kadronun gözetilmesi esastır. Naklen atama suretiyle kadro unvanının değişmesi halinde de özlük hakları, ilgilinin yeni kadro unvanı gözetilerek belirlenmektedir. Bir kadroya ilişkin parasal haklar, kural olarak bir başka kadroda bulunanlar yönünden kazanılmış hak oluşturmamaktadır. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tabi tutulan personelin önceki kadro unvanlarına bağlı hakları, halen bulundukları statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hak niteliğinde olmadığından kazanılmış bir hakkın ihlali söz konusu değildir.

Açıklanan nedenle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

**B- 5398 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin (b) bendiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının;**

**1) Birinci tümcesine eklenen “… veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise …” ibaresinin incelenmesi**

Dava dilekçesi ile ek dilekçede, Anayasa'nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında işletme ve varlıkların özelleştirilmesi öngörülmekte iken bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin özelleştirilmesinin amaçlandığı, anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca kamu hizmetlerinin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması ve devredilebilmesi ancak özel hukuk sözleşmeleri ile olanaklı iken, üçüncü fıkrası uyarınca özelleştirilmesinin öngörüldüğü ve bu düzenleme sonucunda hizmetin idare ile bağının tamamen ortadan kaldırıldığı, 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğin de Anayasa'ya aykırılıkları ortadan kaldırmadığı, belirtilen nedenlerle araç muayenelerinin yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılmasının Anayasa'nın 2., 11. ve 47. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, araçların muayenelerinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilmiştir.

13.8.1999 günlü, 4446 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 47. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır. Anılan kural uyarınca Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen bir kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesine konu edilmesi, öncelikle bu hususun Kanunla belirlenmesi koşuluna bağlı bulunmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu'nda Ulaştırma Bakanlığınca yetki verilmesi halinde gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı belirtilen araç muayene hizmetinin, idarece gerçek veya tüzel kişilere gördürülme usulü, bir diğer deyişle idare ile gerçek veya tüzel kişi arasında yapılması olası sözleşmenin niteliği açıkça belirtilmemiştir.

Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği yolunda özel bir yasal düzenlemenin bulunmadığı durumlarda, söz konusu kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesi bakımından taraflar arasında aktedilen sözleşmenin tabi olduğu hukuki rejimin belirlenmesi gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

Kamu hizmetlerini idare dışındaki gerçek veya tüzel kişilere gördürmek veya bunların hizmetin yürütülmesine katılmasını sağlamak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan para, eşya ve personeli tedarik etmek amacıyla aktedilen ve idare lehine olağanüstü hüküm ve şartlar taşıyan sözleşmeler öğretide “idari sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır. İdari sözleşmeye konu kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından idarenin sorumluluğu devam etmekte ve bu nedenle hizmetin düzenli ve istikrarlı bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından idareye denetim ve gözetim yetkisi tanınmaktadır.

Trafiğe çıkarılacak motorlu araçların teknik şartlara uyup uymadığının belirli zaman aralıkları ile muayene edilerek tespit edilmesini ifade eden araç muayene hizmetinin, kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'na ait muayene istasyonlarında ya da Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen kişilere ait muayene istasyonlarında yapılacağı hükme bağlanmış ve bu suretle araç muayene hizmetinin yürütülmesi bakımından Ulaştırma Bakanlığı görevli kılınmış, gerçek veya tüzel kişilere işletme yetkisinin verilmediği veya işletme belgelerinin iptali durumlarında bu hizmetin adı geçen Bakanlık tarafından yürütülmesi öngörülmüştür. Öte yandan, araç muayene hizmetini yürütmekle görevli kılınan Ulaştırma Bakanlığının bu konuda yetki vermesi halinde dahi, ilgili gerçek veya tüzel kişilerce yürütülen araç muayene hizmetini denetim ve gözetim görevi devam etmektedir. Bu durumda, bir kamu hizmeti olan araç muayene hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla idare ile gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilecek sözleşmenin, idari sözleşme niteliğini taşıyacağı açıktır.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredileceğinin kanunla belirleneceği yolundaki hüküm, söz konusu hizmetlerin özel hukuk sözleşmelerinin yanı sıra idari sözleşmelerle gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesine de olanak tanımaktadır.

Araç muayene hizmetinin gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesini düzenleyen Karayolları Trafik Kanunu'nda, söz konusu hizmetin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağı veya devredileceği yolunda herhangi bir hükme yer verilmediğinden, idari sözleşmeler ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesi veya devredilebilmesi mümkün olan araç muayene hizmetine ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun 5398 sayılı Yasa ile değişik hükmü, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir.

İptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

**2) İkinci tümcesine eklenen “… Ulaştırma Bakanlığının onayı ile …” ibaresinin incelenmesi**

Dava dilekçesinde, kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen bir kamu hizmetinin gerçek veya tüzel kişilere yaptırılması veya devredilmesinin özel hukuk sözleşmesi ile mümkün olduğu, bununla birlikte bu sözleşmenin taraflarından birisinin mutlaka idare olması gerektiği, kamu tüzel kişisi olmayan işleticilerin yetkilerini alt işleticilere devredebilme yetkisinin Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu, Anayasa'nın 47. maddesinde öngörülen özel hukuk sözleşmesinin taraflarından birisini idare oluşturmakta iken işleticilerin yetkilerini alt işleticilere devir işleminde idarenin taraf olmadığı, söz konusu devire onay vermesinin de idareyi devir işleminde taraf konumuna getirmeyeceği ve mevcut Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmayacağı, bu düzenlemenin kamu hizmeti ile idare arasındaki bağı ortadan kaldırdığı, kamu hizmetini yapma yetkisi verilen gerçek veya tüzelkişilerin bu yetkilerini alt işleticilere devretmelerinin aynı zamanda kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisinin kullanımı niteliğini taşıyacağı, belirtilen nedenlerle işletmecilere yetkilerini alt işletmecilere devir yetkisi verilmesinin Anayasa'nın 2., 6., 11. ve 47. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinde 5398 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda, araç muayene hizmetini yapabilmeleri bakımından Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin, bu yetkilerini Ulaştırma Bakanlığı'nın onayı ve aynı standartları sağlamaları koşulu ile alt işleticilere devredebilecekleri belirtilmiştir.

Araç muayene hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesi, bu konuda aktedilen bir idari sözleşmenin varlığına bağlı olup yetki verilen kişinin bu yetkisini alt işleticilere devretmesi, söz konusu hizmetin gerçek veya tüzel kişilerce yürütülebilmesinin dayanağını oluşturan idari sözleşmenin ortadan kalkması sonucuna yol açmamaktadır. Alt işleticiler tarafından araç muayene hizmetinin yürütülebilmesinin de bu konudaki idari sözleşmenin yürürlükte bulunmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Yetki devrinin hukuki sonuç doğurabilmesinin Ulaştırma Bakanlığı'nca yetki devrine onay verilmesine bağlı olması da, idare ile hizmet arasındaki bağın devam ettiğini göstermektedir. Nitekim aynı standartları sağlayan alt işleticilere Ulaştırma Bakanlığının onayı ile yetki devrinde bulunulması, idarenin gözetim ve denetim yetkisini kaldırmamaktadır. Yetki devrinin, yetki verilen gerçek ve tüzel kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı yolundaki düzenleme de idari sözleşmenin ve idarenin bu sözleşmeye dayalı yetkilerinin devam ettiğine işaret etmektedir.

Bu durumda, Ulaştırma Bakanlığı'nca onaylanan yetki devrine dayalı olarak alt işleticiler tarafından araç muayene hizmetinin yürütülmesinin, idarenin taraf olmadığı bir özel hukuk sözleşmesi ile araç muayene hizmetinin özelleştirilmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, Ulaştırma Bakanlığı'nın onayına bağlı bulunan yetki devrine ilişkin düzenleme Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 2., 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

# V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2005 günlü, 5398 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un;

A) 8. maddesiyle değiştirilen 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinin, ikinci fıkrasının üçüncü tümcesi ve altıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “... üç yıl süre ile ..” ibaresine,

B) 20. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen, 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan “... veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise …” ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan “…Ulaştırma Bakanlığının onayı ile …” ibaresine,

yönelik iptal istemleri 29.12.2005 günlü, E. 2005/110, K. 2005/111 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

29.12.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

# VI- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 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. maddesiyle değiştirilen 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinin, ikinci fıkrasının üçüncü tümcesi ve altıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “... üç yıl süre ile ..” ibaresinin,

2- 20. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen, 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan “... veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise” ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan “Ulaştırma Bakanlığının onayı ile” ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 29.12.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

## GK, E. 2013/43 K. 2013/168 T. 26.12.2013

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN :**   Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU :** 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

# I- OLAY

Fahri trafik müfettişi tarafından düzenlenen ihbar tutanağı üzerine verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

# II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

*“Mevzuattaki düzenlemelere göre idari yaptırıma karşı yapılan ve usulden kabul edilen bir başvuruya karşı, yargılama makamı işlem dosyasını ve cevap dilekçesini celp edip, dosyada bulunan delilleri değerlendirmek suretiyle başvurunun esası hakkında bir karar verecektir.*

*İptali talep edilen yasa maddesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını düzenleyen 11. maddesine, 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma ilkesine, 38. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça aykırıdır.*

*2918 S. Y., 5326 S. Y. da bulunan olaya ilişkin hukuki düzenlemeler değerlendirildiğinde, 2918 S.Y da tescil plakasına idari para cezası düzenlenmesinin istisnai bir durum olup, bu koşullar 2918 S.Y ll6. maddede sınırlı olarak sayılmıştır. Oysa fahri trafik müfettişliğinin çalışma usullerini düzenleyen yönetmeliğin ilgili hükümleri incelendiğinde, çalışma şeklinin tamamen ll6. madde kapsamında yapılacağı anlaşılmaktadır. 2918 S.Y yüze karşı tutanak düzenlenmesini esas olarak kabul etmiştir. Bu da Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereğidir. İdari yaptırım uygulanırken imkân olması durumunda ilgili kişinin yüzüne karşı ve ihlali kim yaptıysa onun hakkında yaptırım düzenlenmesi buna göre asıl kuraldır. Bu durumda ihlali yaptığı iddia edilen her kimse onun hakkında yaptırım düzenlenecek, ihlali kim yaparsa yapsın tescil plakasına yaptırım düzenlenmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca bu şekilde bir uygulama Anayasa'da düzenlenen suç ve cezaların şahsiliği ilkesine uygun bir uygulama olacaktır. Sürücüsü bilinmeyen bir aracın tescil plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi hukuk devleti ve cezaların şahsiliği ilkeleri gereğince ancak zorunlu hallerde başvurulması gereken uygulama olmalıdır. İdari cezanın ayrıca, yüze karşı düzenlenmesi ilgili kişinin olay anında olayla ilgili bilgi sahibi olmasını sağlayacağından, başvuran kişilerdeki belirsizliği de kısmen ortadan kaldıracaktır, olay anında olayı öğrenen ilgili olayda bir kusurunun olup olmadığını, daha sağlıklı olarak değerlendirip, ya başvuru yolunu kullanmayacak ya da somut ve bizzat tanık olduğu olaya ilişkin savunma hakkını daha iyi ortaya koyabilecektir.*

*Başvuruda bulunanın ya da kabahat eylemini gerçekleştiren kişinin yüzüne karşı ve eylemi gerçekleştiren kişiye cezaların şahsiliği ilkesi gereğince idari yaptırım düzenlemek gerekirken ve buna fiilen olanak varken, tescil plakasına yaptırım uygulamak açıkça cezaların şahsiliği ilkesine aykırıdır. 2918 S.Y'da tescil plakasına yaptırım uygulama şeklinde bir düzenleme bulunmakta ise de yasa incelendiğinde fahri müfettişlik müessesesi dışında bunun çok sınırlı tutulduğu, sürücüsünün kim olduğunun tespit edilemediği hallerde uygulanan bir kural olduğu anlaşılacaktır. Hâlbuki bahsedilen ve iptali istenen hukuk kuralı gereğince sürücüsü belli olan bir aracın plakasına tutanak düzenlenebilmektedir. Aracı durdurup sürücüyü tespit edip tutanak düzenlemek imkân ı fiili olarak bulunsa dahi, fahri müfettişlik kurumunun çalışma usullerine göre bu kişilerin aracı durdurma yetkileri olmadığından aracın sürücüsünün de kim olduğunun da bu şartlarda tespit edilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla ihlali yapanın kim olduğu tespit edilemeyeceğinden, tescil plakasına yaptırım uygulanacaktır, bu da belirtildiği gibi cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırıdır.*

*Fahri Trafik Müfettişlerinin çalışma usul ve esasları değerlendirildiğinde, yaptırımın belgeye dayalı değil, ihlalin tespiti üzerine yapılan ihbara istinaden düzenlenen bir idari yaptırım olduğu, dayanağının da sadece ihbar tutanağı olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine açıktır. Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkelerinin ilgili kişinin hukuk kuralları karşısındaki durumunun kesin ve somut olarak ortaya konulmasını isteme hakkını içermesi de gerekmektedir. Hak arama hürriyeti sadece başvuru yapma hakkıyla sınırlandırılmamalıdır. Başvuran kişinin hukuksal durumunun, hukuka uygun delillerle net olarak ortaya konulmasını da gerektirir. 5326 sayılı Yasa başvuru konusundaki incelemelerin nasıl yapılacağını düzenlemiş olmakla birlikte, fahri müfettişlik kurumunun mevzuatının bu denetlemeye imkân vermediği anlaşılmaktadır. Bu durum hem Anayasa'da düzenlenen hukuk devleti ilkesine, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacaklarını düzenleyen 11. maddesine açıkça aykırıdır.*

*Tüm bu bahsedilen gerekçelerle 4199 Sayılı Yasanın 43. maddesiyle eklenen 2918 S.Y EK 6. maddesinin 2. fıkrasının, Anayasanın 2., 11., 36., 38. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından iptali istemiyle Yüksek Mahkemenize başvurmak gereği ortaya çıkmıştır. Başvurunun kabul edilerek 4199 Sayılı Yasanın 43. maddesiyle eklenen 2918 S.Y EK maddesinin 2. fıkrasının, iptal edilmesi arz olunur.”*

# III- YASA METİNLERİ

2918 sayılı Kanun'a, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren ek 6. madde şöyledir:

*“****Fahri trafik müfettişliği:***

***Ek Madde 6- (Ek: 17/10/1996 - 4199/43 md.)***

*Sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca uygun görülen kişilere, valilerce ‘fahri trafik müfettişliği' görevi verilir.*

***Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar.***

*Fahri trafik müfettişleri İçişleri Bakanlığının belirleyeceği esas ve usullere göre eğitime tabi tutulabilirler.*

*Bu hizmet fahri ve ücretsizdir.*

*Görevini kötüye kullandığı tespit edilen fahri trafik müfettişleri iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar. Yargılamaları tabi oldukları esaslara göre yapılır.*

*Ayrıca belgeleri iptal edilir.*

*Fahri trafik müfettişlerinin yetki ve sorumlulukları ile diğer usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir.”*

## B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine dayanılmış, 128. maddesi ise ilgili görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 2.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine    OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince kabahat eylemini gerçekleştiren kişi hakkında idari yaptırım öngörülmesi gerekirken, fahri trafik müfettişleri tarafından tescil plâkasına göre yaptırım uygulanmasının hukuk devleti ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği, öngörülen idari yaptırımın dayanağının fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen ihbar tutanağı olduğu, hak arama hürriyetinin sadece başvuru yapma hakkı ile sınırlandırılmayıp başvuran kişinin hukuksal durumunun hukuka uygun delillerle net olarak ortaya konulmasını da zorunlu kıldığı, ancak fahri müfettişlik kurumu mevzuatının buna izin vermediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralda, fahri trafik müfettişlerinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorunda oldukları öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, “*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin “*genel idare esasları*”na göre yürütülmesi ile görevin “*asli ve sürekli*” nitelikte olması gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan hizmetlerin, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel kişilere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

İtiraz konusu kuralda fahri trafik müfettişlerine, 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında bu kurallara uygun davranıp davranmadıklarını tarafsızca kanıt toplayarak araştırıp, değerlendirmek üzere ilgililere bu durumu tutanak düzenlemek suretiyle bildirerek trafik polislerine tanınan trafik suçunu tespit etme yani denetleme yetkisi verilmektedir.

Denetim sonucu fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanaklar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu tutanakların hazırlanması, denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca verilen idari yaptırımlardır. Söz konusu kuralla, fahri trafik müfettişlerine trafik suçu işleyenleri tespit etme ve tutanağa bağlama yetkisi tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenen tutanakların trafik kuruluşlarına gönderilmesi ve trafik cezasının yetkili kişiler tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür. Yetkili makamlarca fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan tutanak üzerine idari yaptırım tutanağı düzenlenirken söz konusu suç tutanağı denetlenmekte ve gerekli kontroller yapıldıktan sonra eğer uygunsa yaptırım uygulanmaktadır. Denetim sonucunda, 2918 sayılı Kanun'da öngörülen idari yaptırımı uygulama yetkisi, yetkili trafik polislerinde kalmaya devam ettiğinden onlara yardımcı olmaktan ibaret, fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenleme görevlerinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki, fahri trafik müfettişlerine suç tutanağı düzenleme yetkisinin verilmesi trafik polislerinin bu yetkilerini de ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, 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 devlettir.

Anayasa'nın *“Suç ve cezalara ilişkin esaslar”* kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, *“Ceza sorumluluğu şahsidir.”* hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

2918 sayılı Kanun'un amacı, 1. maddesinde, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan suç tutanakları iradi ve kusurlu olan sürücülerin eylemlerine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, fahri trafik müfettişleri tarafından suç tutanağı düzenlenebilecek ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların plâkasından başka saptanabilecek ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile araç sahibine ulaşılabileceği de açıktır. Fahri trafik müfettişleri tarafından 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiiller nedeniyle, sürücüsü tespit edilemeyen araçların tescil plakalarına göre suç tutanağının düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı değildir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek, sürücülerin trafik kurallarına uymasını alışkanlık hâline getirmek, her kural ihlalinin mutlaka görüleceği ve cezalandırılacağı inancının bütün sürücülerde yer etmesini sağlamak, bu bakımdan, denetim mekanizmasını genişletmek, oto-kontrol sistemini yaygınlaştırmak amacıyla, demokratik toplumda gerekli uygulamalardan olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir düzenlemenin de kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 38. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 36. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

# VI- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 26.12.2013 gününde karar verildi.

# KARŞIOY GEREKÇESİ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 6. maddesinin iptal istemine konu ikinci fıkrası “Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar.” hükmünü taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 28.3.2012 tarih ve E.2012/27, K.2012/173 sayılı kararında:

“…Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir  kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin **‘genel idare esasları'**na göre yürütülmesi ile görevin **‘asli ve sürekli'** nitelikte olması gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların  gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da  çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve  olağandır. İdare eliyle yürütülen hizmet ve  faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir deyişle **özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların,** Devletin gözetimi ve denetimi  altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

**Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.** Buna göre, itiraz konusu kural Bakanlığa, 4925 sayılı Kanun'da verilen görevlerin ve tanınan yetkilerin tamamını devretme imkânı tanımakta olup, idarenin kolluk faaliyetleri içinde yer alan ve mutlaka Devletin memurları ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli görevlerin de  gerçek  ya da özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesine olanak tanıyan kural, Anayasa'nın 128. maddesine de aykırıdır…” denilmektedir.

Davanın somutunda, bir kolluk faaliyeti olduğunda kuşku bulunmayan  “trafik denetimi” ve bu denetim sonucunda sürücülerle  ilgili idari para cezası verilmesi sonucunu  doğuran “idari kabahat” saptaması şeklindeki, fahri trafik müfettişlerince yürütülen hizmetin idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğu açıktır. Fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanakların tek başına icrailik vasfının olmadığı, bu tutanak sonrası emniyet birimlerince idari para cezasının verildiği, dolayısiyle sözkonusu kolluk faaliyetinin kamu görevlisi olmayan  kişilere tamamen devredilmemiş olduğu şeklindeki sava da katılmaya imkân  yoktur. Gerçekten, kural ihlâlinde bulunan sürüleri saptama, onların fiillerinin mevzuatın hangi hükümlerine aykırı olduğunu  belirleme yetkisi fiilen fahri trafik müfettişlerince kullanıldığına göre, zincir işlemin ikinci halkası olan idari para cezasının emniyet birimlerince veriliyor olmasının, sözkonusu kolluk hizmetinin kamu görevlisi olmayan kişilere fiilen devredilmiş olduğu olgusuna doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Öte yandan, bu fiili durumun  Anayasa'nın 47. maddesinin “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu  tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk  sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.” şeklindeki son  fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü, trafik zabıtası faaliyeti bir yatırım ve hizmet olmadığı gibi, ortada bir özel hukuk sözleşmesi de yoktur. Dolayısiyle, sözkonusu kolluk faaliyetinin kamu görevlisi olmayan kişilere (fahri trafik müfettişlerine) devredilmesi sonucunu doğuran kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

# KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, fahri trafik müfettişlerine 2918 sayılı Kanun'un 116. maddesinde belirtilen trafik suçlarını işleyenler hakkında tutanak düzenleme yetkisini ve bu tutanağı en geç bir hafta içinde aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmesi için herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etme görevini vermektedir.

Buna göre, fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenecek olan trafik suç tutanakları esas alınmak suretiyle emniyet görevlilerince trafik suçlusu hakkında idari yaptırım kararı verilebilecektir.

Anayasa'nın 128. maddesi, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin, genel idare esaslarına göre yürütülmesini, asli ve sürekli nitelikte olmasını, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesini zorunlu kılmaktadır.

Fahri trafik müfettişlerinin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenleri tutanakla tespit ederek, tutanağı trafik şube müdürlüğüne gönderme işleminin, trafik denetleme işlemi olduğu ve bu işlemin kamu hizmeti niteliği taşıdığı konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Fahri trafik müfettişlerinin, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur ya da diğer kamu görevlisi sıfatını taşımadıkları açıktır.

İtiraz konusu kural,  genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken aslı ve sürekli nitelikteki trafik denetleme işlemini memur ya da diğer kamu görevlisi olmayan, fahri trafik müfettişlerine gördürmek istemektedir. Bu durum, aslı ve sürekli nitelikteki kamu hizmetinin kimler tarafından yürütüleceğine ilişkin Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, itiraz konusu kural Anayasa Mahkemesinin 6.3.2008 günlü, E.2004/116, K. 2008/74 sayı ile Resmî Gazete'nin 1.7.2008 günlü - 26923 sayılı nüshasında yayımlanan kararının Mehmet ERTEN'in  de yer aldığı karşıoy metninde belirtilen gerekçeyle söz konusu kural Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların şahsiliği ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kuralın iptali gerektiğinden itiraz isteminin reddine ilişkin  görüşe katılmadım

**KARŞIOY YAZISI**

İtiraz eden Mahkeme, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen 6. maddenin fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenlemelerine ilişkin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemiştir.

Kural, Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın, devletin asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini belirten 128. maddesiyle ilgili görülerek bu madde yönünden de incelenmiş; ancak fahri müfettişlerin düzenlediği suç tutanaklarının idari işlem değil hazırlık işlemi olduğu, asıl icrai işlemi denetim sonucunda yetkili makamlarca uygulanan idari yaptırımın oluşturduğu düşüncesiyle, kuralda Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık görülmemiştir. Bu düşünceye aşağıdaki nedenlerle katılmayı mümkün görmüyorum:

İdare hukukunun temel ilkelerinden biri de **idarenin** **takdir yetkisi** olup, bir işlemi yapıp yapmama konusunda takdir hakkı bulunmayan bir kamu görevlisinin, yani kuralın uygulamasında fahri müfettişçe düzenlenen suç tutanağına göre trafik cezası kesmek zorunda olan trafik şubesi yetkilisinin, trafik cezasını uygulayıp uygulamama konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Trafik yetkililerinin tutanak üzerinde yaptıkları kontrol sadece tutanağın şekli unsurlarına ilişkin olup, tutanakta kayıtlı trafik suçunun gerçekten işlenmiş olup olmadığına ilişkin değildir. Trafik şubesi yetkililerinin tutanağa rağmen ceza uygulamaktan kaçınması, bu yetkililer yönünden disiplin ve ceza yaptırımları gerektiren eylemler oluşturacaktır. Bu durumda idari yaptırıma karar verme yetkisinin trafik şubesi yetkililerince kullanıldığından söz edilemez. İdari işlem, trafikte karşılaştığı **bir eylemin trafik suçu oluşturup oluşturmadığı hususunda takdir hakkını kullanan fahri trafik müfettişinin** tutanağı düzenlemesiyle meydana gelmektedir. Bu nedenle fahri müfettişin yaptığı işlem hazırlık işlemi değil, asıl işlemdir. Trafik şubesinin ceza bildirimi ve ödeme emri düzenleyerek tescil plakasına göre kayıtlı isme göndermeleri, yaptırımın kendisine değil icrasına yönelik, ayrı bir idari işlemdir. Trafik cezası uygulanmasına ilişkin asıl işlemi gerçekleştiren ve idare adına takdir yetkisi kullanan fahri trafik müfettişlerinin Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memur veya diğer kamu görevlisi statüsünde olmadıkları da açıktır.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.