



T.C.
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU
(OMBUDSMANLIK)

ŞİKAYET NO : 2015/5409

KARAR TARİHİ : 13/05/2016

RET KARARI

ŞİKAYETÇİ

:

ŞİKAYETÇİ VEKİLİ

:

ŞİKAYET EDİLEN İDARE

: Üst Kurulu Başkanlığı (....)

ŞİKAYETİN KONUSU

: Üst Kurulunun .../2015 tarihli ve 2015/.... sayılı kararının geri alınarak; yeniden daire başkanı maaşı almak ve 2015 Mayısından itibaren eksik ödenmiş olan maaşların farklarının tarafına ödenmesini talep etmektedir.

ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ : 23/11/2015

I. USÛL

A. Şikâyet Başvuru Süreci

1. Şikâyet başvurusu tarafından Kurumumuza elden yapılan 23/11/2015 tarihli şikâyet başvurusu,23/11/2015 tarih ve 12130 sayı ile kayıt altına alınmıştır. Şikâyet başvurusunun karara bağlanabilmesi için 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41/1-a maddesi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesi ve araştırılmasına geçilmiş olup, 2015/5409 şikâyet sayılı “Ret Kararı” önerisiyle Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

B. Ön İnceleme Süreci

2. Şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da herhangi bir eksiklik bulunmadığı, bu nedenle şikâyetin inceleme ve araştırmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

II. OLAY VE OLGULAR

A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikâyet başvurusu Üst Kurulu Başkanlığında (....) Uzman Denetçi (Eski daire başkanı) olarak görev yaptığını, Üst Kurulun .../2015 tarihli toplantısında, Dairesi'nin, sayılı yasanın 23 üncü maddesi gerekçe gösterilerek devam eden uygulamanın değiştirilme önerisinin görüşüldüğünü ve daha önce yöneticilik yapan toplam 15 personelin sözleşme ücretlerinin değiştirilmesinin karşı oylara rağmen (5/4) oy çokluğu ile kabul edildiğini,

3.1. Alınan bu kararın doğru ve hukuka uygun olmadığını, .../2015 tarihli ve sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren sayılı yasanın 23 üncü maddesinin, “ Yasada sayılan unvanlardaki

personelin görevden alınmaları halinde maaşlarının iki yıl süreyle eski kadro unvanlarından ödeneceğine ait bir düzenleme olduğunu”; Söz konusu yasa sözleşme ücretlerinin düzenlenmesine ve yeniden yapılmasına ait herhangi bir hüküm içermediğini,

3.2. Bu nedenle bu yasaya dayanılarak bazı personelin sözleşme ücretlerinin yeniden yapılandırılmasını içeren bir karar alınmasının hukuksuzluk olduğunu, sözleşme ücretlerinin nasıl belirleneceğinin ise Teşkilat Yasasının 43 üncü maddesi 6. fıkrasında; “Üst Kurul personeli, kadro karşılığı sözleşmeli statüde istihdam edilir, ücret ve malî haklar dışında her türlü hak ve yükümlülükler yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olduğu, Personelin ücretleri ile diğer malî hakları toplamı, Üst Kurul üyeleri için yapılan ödemelerin toplamını geçmemek üzere kurum içi hiyerarşi de gözetilerek Bakanlar Kurulunca belirlenen esaslar çerçevesinde Üst Kurul tarafından tespit edileceğinin hüküm altına alındığını.” sayılı kanunun 23 üncü maddesinde ise mali haklarını 657 sayılı yasa hükümlerine göre alanlar için yapılan bir düzenleme olup sözleşme ücretlerinin belirlenmesine ait bir hüküm içermemiş olduğunu,

3.3. Yukarıda sözü edilen personel için uygulanmış olsa bile yasanın yürürlük tarihinden sonra görevden alınanlar (yasada sayılan kadro ve unvanlardakiler) için uygulanması gerekmekte olduğunu, Yasanın yürürlük tarihinden önce yapılan işlemler için uygulanması da hukuksuzluk içerdiğini, kazanılmış hakları menfi şekilde etkileyen bir yasanın geçmişe dönük değil, ileriye dönük dahi yürürlüğe girmesi üstün hukuk ilkeleri (Kazanılmış hakların korunması ilkesi gibi) ve Anayasa gereği mümkün olmayacağını,

3.4. 2015 Mayıs ayından itibaren maaşında haksız ve hukuka aykırı olarak kesinti yapıldığını, ifade etmiş olup, maaşındaki yapılan kesintinin sona erdirilerek eski maaşının (2014 Nisan ve öncesindeki almış olduğu eski daire başkanı maaşının) devamını talep etmektedir.

B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

4. Konu kapsamında. Üst Kurulu Başkanlığı tarafından, .../2015 tarihli ve sayılı yazı ile istenilen bilgi ve belgeler, temin edilerek, konunun hukuki boyutlarına ve görüşlerine ilişkin olarak aşağıdaki açıklamalarda bulunulmuştur.

5. Üst kurul personeli Uzman Denetçi ..’İN, eski bir daire başkanı olduğu, Üst Kurul Personelinin, Hakkında Kanununun 43 üncü maddesinin altıncı fıkrasında belirtildiği üzere,” Üst Kurul personeli, kadro karşılığı sözleşmeli statüde istihdam edilip; ücret ve malî haklar dışında her türlü hak ve yükümlülükler yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olduğu,

5.1. Bu kapsamda, Üst Kurulda daha önce "daire başkanı" olarak görev yapmakta iken, Üst Kurulun

..... tarihli ve/.. sayılı toplantısında alınan kararı gereğince uzman denetçi kadrosuna ataması yapılarak bu görevine başlayan ..’ in; **Üst Kurulun tarih ve/... sayılı düzenlemesiyle de, bir yıldan fazla bir süre daire başkanlığı kadrosunda görev yapması ve yeni atanmış olduğu "uzman denetçi" kadro unvanına ait sözleşme ücreti de daha önce yürütmüş olduğu daire başkanı kadro unvanına ait sözleşme ücretinden düşük olması nedeniyle, atanma tarihini takip eden aybaşından itibaren aylıklarının hesabında "daire başkanı" görevinin karşılığı olan sözleşme ücreti esas alındığı,**

5.2. sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 23'üncü maddesiyle, tabi oldukları personel kanunlarına bakılmaksızın aralarında Üst Kurulun da yer aldığı 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlarda orta ve üst düzey yöneticilerin görevden alınmaları halinde atanacakları kadro ve pozisyonlar ile bunların mali haklarının koruma süre ve usulünde yeknesak bir düzenleme getirilmiş

olup; Bu düzenleme, kapsamında yer alan kuruluşlarda istihdam şekillerine bakılmaksızın uygulanması gerektiği,

5.3. Yukarıda anılan maddenin altıncı fıkrası ile de “**diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı**” hüküm altına alındığından, sayılı Kanun'un yayımlanma tarihi olan2015 tarihinden itibaren yukarıda belirtilen hükümlerin uygulama alanı bulacağı ve aynı konuda farklı düzenlemelerin bulunması halinde Kanun hükümlerinin uygulanacağı anlaşıldığından, **Üst Kurulun2015 tarihli ve 2015/.... sayılı toplantısında; Üst Kurulun2011 tarih ve 2011/.... sayılı kararı kaldırılmış; Üst Kurulda daha önce orta ve üst düzey kadrolarda yöneticilik yapmış bulunan personele de, Kanunun yürürlük tarihi olan2015 tarihi itibari ile işgal ettikleri kadro unvanının karşılığı olan sözleşme ücretlerinin ödenmesine karar verilmiş olduğu,**

5.4. Kazanılmış haktan söz edilebilmesi için hakkın kesinleşmiş yani şahsi malvarlığına dâhil olmuş, güncel ve belirlenebilir olması gerektiğinin,2015 tarihinden önce düzenlenen ücret sözleşmelerine dayanarak ödenen ücretlerin kişilerin şahsi mal varlıklarına dahil olmuş olması nedeniyle kazanılmış hak olduğu,2015 tarihi itibariyle ödenecek ücretlerin ise şahsi mal varlıklarına dahil olmamış olması nedeniyle kazanılmış hak olarak korunamayacağının,

5.5. 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, sayılı Kanunla getirilen ek 18'inci maddesinin emredici hükmü ve emsal yargı kararları muvacehesinde, bu kapsamda yer alan ve yukarıda belirtilen kanunla öngörülen iki yıllık bir süreyi aşkın bir şekilde daha önceki yöneticilik görevi üzerinden aylık alan personel ile birlikte başvuru ..' in aylıklarının hesabında esas alınan sözleşme ücreti, Kanunun yürürlük tarihi (.....) itibariyle fiilen işgal ettiği "uzman denetçi" kadro unvanının karşılığı olan tutar üzerinden ödenmeye başlanılmış ve kişiye tebliğ edildiği,

Bildirilmiştir.

C. Olaylar

6. Şikayet başvurusu, Üst Kurulu Başkanlığında ile yılları arasında değişik tarihlerde daire başkanlığı görevinde bulunduktan sonra, halen uzman denetçi olarak görev yapmaktadır.

7. İdare tarafından sayılı Kanun'un yayımlanma tarihi olan2015 tarihinden itibaren Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşıp; **Üst Kurulun tarihli ve .../.... sayılı toplantısında,** (bkz. 5.3 üncü paragraf) Üst Kurulda daha önce orta ve üst düzey kadrolarda yöneticilik yapmış bulunan personele, tarihi itibari ile işgal ettikleri kadro unvanının karşılığı olan sözleşme ücretlerinin ödenmesine karar verilmiş olup; Kurum tarafından şikayet başvurusuna tarihinde 6.748,24 TL net maaş ödenmiş iken Mayıs 2015 tarihinde 696.98 TL eksigi olarak 6.051,26 TL net maaş ödemesi yapılmıştır.

8. Şikayet başvurusu, 3 üncü paragrafta anlatıldığı üzere Üst Kurulun .../2015 tarihli ve 2015/.... sayılı kararının geri alınması ile önceki uygulama ve hukuka uygunluğa dönülmesi ve bu düzenleme nedeniyle 2015 Mayısından başlayarak tarafına her ay maaşında eksik yatırılan 696.98 TL'lerin geri ödenerek, 2014 Mayısından önce olduğu gibi eski daire başkanı maaşının devamını talep etmektedir.

D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz Makas' ın İnceleme ve Araştırma Bulguları

9. Şikayet başvurusunun incelenmesi aşamasında Üst Kurulu Başkanlığında .../2015 tarihli ve sayılı yazılar ile bilgi ve belge talep edilmiş olup, konuyla ilgili olarak .../2016 tarihli yazıda Kurumumuza iletilmiş, cevabi yazılara ilişkin açıklamalara 4 ve 5 numaralı paragraflar ve alt bentlerinde yer verilmiştir.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE

A. İlgili Mevzuat

10. 2709 sayılı T.C. Anayasasının “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” başlıklı 74 üncü maddesinde; “*Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir*”. Hükümünü amirdir.

11. 14/06/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun "Kurumun Görevi" başlıklı 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; “Kurum, idarenin işleyişiyle ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir.” Hükümü yer almaktadır.

12./2011 tarihli ve sayılı ve Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 43'üncü maddesinin altıncı fıkrasında, “*Üst Kurul personeli, kadro karşılığı sözleşmeli statüde istihdam edilir, ücret ve malî haklar dışında her türlü hak ve yükümlülükler yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabidir. Personelin ücretleri ile diğer malî hakları toplamı, Üst Kurul üyeleri için yapılan ödemelerin toplamını geçmemek üzere kurum içi hiyerarşi de gözetilerek Bakanlar Kurulunca belirlenen esaslar çerçevesinde Üst Kurul tarafından tespit edilir.*” Hükümü yer almaktadır.

13. 27/03/2015 tarihli ve sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23 üncü maddesinde, 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnemeye aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“Ek Madde 18 – 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ile 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hariç olmak üzere, tabi oldukları personel kanununa bakılmaksızın Başbakanlık, bakanlıklar, bağlı ve ilgili kuruluşlar ile başkan ve üyeleri hariç olmak üzere 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda;

... Birinci fıkra hükmü kapsamında atanarlardan birinci fıkra kapsamında yer alan yönetici kadro veya pozisyonlarında kesintisiz olarak en az iki yıl fiilen görev yapmış olanların mali hakları, atandıkları söz konusu kadro veya pozisyonlarda bulunmaları kaydıyla, atandıkları tarihi takip eden ay başından itibaren ikinci yılın sonuna kadar fiili çalışmaya bağlı ödemeler hariç, önceki görevine ait ödeme unsurları esas alınarak verilmeye devam edilir...

Diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.” Hükümleri yer almaktadır.

14. tarih ve/.... sayılı kararı ile yürürlüğe konulan ".... Üst Kurulunda Ücret ve Mali Haklar Dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Tabi Olarak İstihdam Edilecek Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personelin Ücret ve Mali Hakları ile İdari Hizmet Sözleşmesi Usul ve Esasları " nın 8'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, “*En az bir yıl süreyle yöneticilik görevini yürütmüş olması şartıyla görevinden ayrılan Başkan Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri Daire Başkanı Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri ile Daire Başkan Yardımcısı ve müdürlerin sözleşme ücretlerinin Kurum içinde atanmış oldukları yeni kadro unvanına ait sözleşme ücretinin düşük olması halinde, daha önce yürütmüş oldukları görevlerin karşılığı olan sözleşme ücretinin esas alınarak belirlenir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

15. Üst Kurulunun/2015 tarihli ve 2015/.... sayılı Kararında, “ 6112 sayılı Kanunun 43'üncü maddesinin altıncı fıkrası hükmü uyarınca2011 tarih ve/.... sayılı kararı ile yürürlüğe konulan “.... Üst Kurulunda Ücret ve Mali Haklar Dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Tabi Olarak İstihdam Edilecek Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personelin Ücret ve Mali Hakları ile İdari Hizmet Sözleşmesi Usul ve Esasları ' nın 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, “*En az bir yıl süreyle yöneticilik*

görevini yürütmüş olması şartıyla görevinden ayrılan Başkan Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri, Daire Başkanı, Basın ve Halkla İlişkiler Müşaviri ile Daire Başkan Yardımcısı ve müdürlerin sözleşme ücretlerinin, Kurum içinde atanmış oldukları yeni kadro unvanına ait sözleşme ücretinin düşük olması halinde, daha önce yürütmüş oldukları görevlerin karşılığı olan sözleşme ücretinin esas alınarak belirlenir.” şeklindeki düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasına, tarih-... sayılı Daire Başkanlığı yazısına ekli listede belirtilen personele, tarihi itibari ile buldukları kadro unvanının karşılığı olan sözleşme ücretlerinin ödenmesine, oy çokluğu ile karar verilmiştir.

B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar

16. Anayasa Mahkemesi'nin 28/01/2015 tarih ve 29607 sayılı sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E:2014/87 k:2015/112 sayılı kararında özetle; “Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur...Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durum dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hale getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumlarıyla ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadroları idareci (yönetici) kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden, buldukları statülerden doğan, tahakkuk etmiş, kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez.” şeklinde belirtilmiştir.

17. Ankara 14. İdare Mahkemesinin, Danıştay Onbirinci Dairesinin 24.06.2011 tarihli ve E.2010/9906, K.2011/4225 sayılı kararı hukuka uygun bulunarak onanan, 12.05.2010 tarihli ve E.2009/350, K.2010/685 sayılı kararında: “... aynı hukuksal durumda olan kişilerin ayrı kurallara tabi tutulmasına ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasına neden olacağı, böyle bir durumun ise eşit işe eşit ücret ilkesi ile Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği, ayrıca memurlara yapılacak parasal hak ödemeler bakımından bulunduğu kadronun karşılığı ücretin ödenmesinin esas olduğu ... ”nu belirtmiştir.

C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz Makas'ın Kamu Başdenetçisi'ne Önerisi

18. Kamu Denetçisi tarafından yapılan inceleme ve araştırma neticesinde; şikâyet konusu olayın hukuka ve hakkaniyete uygun olduğu değerlendirilerek şikâyetin reddi yönündeki öneri Kamu Başdenetçisi'ne sunulmuştur.

D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme

19. Şikâyet başvurusu 3 numaralı paragrafta anlatıldığı üzere , Üst Kurulun/2015 tarihli ve/..... sayılı kararının geri alınarak yeniden daire başkanı maaşı almak ve Mayısından itibaren tarafına eksik ödenmiş olan maaşların farklarının ödenmesini talep etmektedir.

20. 13 numaralı paragrafta açıklandığı üzere; sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 23 üncü maddesinde, yapılan değişiklikle 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ek 18 inci madde eklenmiş; Bu kanun kapsamında Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlarda görevden alınanlar da sayılmıştır.

21. 15 numaralı paragrafta açıklandığı üzere; Üst Kurulu/2015 tarihli ve 2015/.... sayılı Kararıyla sayılı Kanunun gereği olarak/2011 tarih ve 2011/.... sayılı düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasına ve Üst Kurulda daha önce orta ve üst düzey kadrolarda yöneticilik yapmış bulun personele de,/2015 tarihi itibari ile buldukları kadro unvanının karşılığı olan sözleşme ücretlerinin ödenmesine, karar verildiği anlaşılmıştır.

22. Bir hukuk düzeninde mevcut olan, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normlar alt-alta, üst-üste bulunur. Bu normlar arasında altlık üstlük ilişkisi vardır; buna “normlar hiyerarşisi” denir. Bu hiyerarşide alt basamaktaki norm geçerliliğini üst basamakta yer alan normdan alır ve dolayısıyla ona uygun olmak zorundadır. (Gözler Kemal, “Kısa Anayasa Hukuku”, 2012, s.13.) Hukuk kuralları arasında Normlar hiyerarşisinden kaynaklanan görünüşte bir çatışma varsa, bu çatışma “**Üst kanun alt kanunları kaldırır.**” ilkesiyle **çözülmektedir.** (Gözler Kemal, “Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu”, <http://www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.html>) sayılı Kanun'un 23'üncü maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 18'inci maddesinin birinci fıkrası ile Üst Kurulunun da yer aldığı 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan **düzenleyici ve denetleyici kurumlarda** orta ve üst düzey yöneticilerin görevden alınmaları halinde atanacakları kadro ve pozisyonlar ile bunların mali haklarının korunması süre ve usulünde yeknesak bir düzenleme getirilmiş olup; Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle (15.04.2015), **Üst Kurulunda Ücret ve Mali Haklar Dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Tabi Olarak İstihdam Edilecek Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personelin Ücret ve Mali Hakları ile İdari Hizmet Sözleşmesi Usul ve Esasları” nın 8'inci maddesinin dördüncü fıkrası** esas alınarak düzenlenen bireysel sözleşmelerin yürürlükte olan Kanun hükmüne aykırılık teşkil edeceği; Bunun yanında 15.04.2015 tarihinde yürürlüğe girmiş olan sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “Diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.” hükmü ile Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personelin Ücret ve Mali Hakları ile İdari Sözleşmesi Usul ve Esaslarının söz konusu hükmünün geçersiz hale geldiği, anlaşılmıştır.

23. Yapıldığı anda yürürlükte olan düzenleyici işleme uygun olarak tesis edilen bir birel işlemde doğan hakkın, bu düzenleyici işlemin daha sonra değiştirilmesi ve söz konusu birel işlemin bu yeni düzenlemeye aykırı hale gelmesi durumunda, hakkın geçmişe ilişkin boyutu korunacak, ancak geleceğe ilişkin boyutu (etkisi), yürürlüğe giren düzenleyici işlem objektif bir hukuksal sonuç doğuracağından, öngördüğü hukuksal düzene aykırı olması nedeniyle kural olarak korunamayacak, korunmak isteniyorsa, bunun geçici maddelerle açıkça öngörülmesi gerekmektedir. Ancak, bu durumda, yeni düzenlemeyle hukuka aykırı hale gelmiş olan birel işlem kendiliğinden geçersiz hale gelmeyecek, yetkili merci tarafından iptal edilinceye kadar ‘askıda geçerliliğini’ sürdürecektir. (Ulusoy Ali, Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gereklere Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı, Hukuk Kurultayı, 2004, s.173.) Böylece sayılı Kanunla ve bu kanuna dayanılarak yapılan **Üst Kurulunun/2015 tarihli ve 2015/.... sayılı Kararıyla şikâyet başvurusu hakkında yapılan birel işlem** hakkın geçmişe ilişkin boyutu korunmuş olup; (Bkz. 5.4 nolu paragraf) ancak geleceğe ilişkin boyutu (etkisi), yürürlüğe giren düzenleyici işlem objektif bir hukuksal sonuç doğuracağından, öngördüğü hukuksal düzene aykırı olması nedeniyle kural olarak korunamayacaktır. Nitekim idareden gelen bilgilerden 2015 Mayıs öncesinde şikâyet başvurusunun uzman denetçi olduğu halde üst kurul kararı gereği eski daire başkanı olarak almış olduğu yüksek ücretten dolayı aradaki farkın kendisinden istenmediği anlaşılmaktadır.

24. Şikâyet başvurusunun 3 üncü paragrafta iddia ettiği kazanılmış hakkın korunması ile ilgili olarak **16 numaralı paragrafta açıklandığı üzere,** Anayasa Mahkemesi, “*Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadroları idareci (yönetici) kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır.*

Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden, buldukları statülerden doğan, tahakkuk etmiş, kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez.” şeklindeki ifadesiyle hakkın bu şekilde korunamayacağını vurgulamış olup;17 numaralı paragrafta açıklanan yargı kararında ise, memurlara yapılacak parasal hak ödemeler bakımından bulunduğu kadronun karşılığı ücretin ödenmesinin esas olduğunun kararında belirtmiştir.

25. Yukarıdan bu yana anlatılanlar, şikayet başvurusunun iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuatın ve Yargı kararlarının değerlendirilmesi sonucunda; Şikayet başvurusunun ile yılları arasında’te daire başkanı olarak çalıştığı, ancak Üst Kurul tarafından görevden alındığı; ile yılları arasında atanmış olduğu “uzman denetçi” maaşını aldığı; Üst Kurulun tarih ve/.... sayılı kararı gereğince/2015 tarihine kadar daire başkanı maaşı almaya devam ettiği,’ ün/2015 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren sayılı yasa gereğince çıkarılan/2015 tarihli ve 2015/.... sayılı Kararıyla da/2015 tarihinden itibaren görev yapmış olduğu kadro olan uzman denetçi maaşını almakta olduğu; 21 ve 22 inci paragraflarda anlatıldığı üzere, Bir hukuk düzeninde mevcut olan , anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi normlar arasındaki hiyerarşide, alt basamaktaki normun geçerliliğini üst basamakta yer alan normdan aldığı ve dolayısıyla ona uygun olmak zorunda olduğu; 23 üncü paragrafta anlatıldığı üzere Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın vermiş olduğu kararlardan da anlaşıldığı üzere İdarenin bu işleminde herhangi bir hukuka aykırılık tespit edilmediği anlaşılmıştır.

Hakkaniyet yönünden değerlendirilmeye gelince, şikayet başvurusu mevzuattan kaynaklansa da uzman denetçi olduğu halde fiilen daire başkanlığı yapmış gibi daire başkanlığı maaşını alması, kamu görevlileri açısından eşitsizlik doğurduğu, bunun somut olay adaleti yönünden de adalet ve eşitliğe aykırı olduğu, bağımsız kamu otoritesi olarak nitelendirilen kurumun sayılı yasa uyarınca bu adaletsizliğin yasa koyucu tarafından giderildiği, hakkaniyete uygun düzenleme yaptığı düşünülerek; İdarenin işleminde hakkaniyete aykırılık görülmemiştir.

D. İnsan Hakları Yönünden Değerlendirme

26. T.C. Anayasasının "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10 uncu maddesinde ifadesini bulan kanun önünde eşitlik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13 üncü maddesindeki etkili başvuru hakkının ve 17 inci maddesindeki hakları kötüye kullanma yasağının ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ve bilgiye rastlanmadığı gibi şikâyete konu olayda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yazılı ve güvence altına alınmış olan haklara da aykırı bir durum tespit edilememiştir.

E. İyi Yönetişim İlkeleri Yönünden Değerlendirme

27. Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem tesis etmeleri beklenmektedir.

28. 28/3/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "İyi Yönetişim İlkeleri" başlıklı 6 ncı maddesinde; Kurumun, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye

uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözeteceği düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası"nda da yer verilmiştir.

29. Söz konusu ilkeler yönünden yapılan değerlendirme neticesinde; İdare tarafından, şikâyet konusuyla ilgili evrakların süresinde Kurumumuza gönderildiği, şikâyet konusuyla ilgili makul sürede gerekçeli karar verildiği,—bu kararın gecikmeksizin şikâyetçiye bildirdiği anlaşılmış olup, böylece idarenin “kararların geciktirilmeksizin bildirilmesi” ve “makul sürede karar verme” ilkelerine uygun hareket ederek **iyi yönetim ilkelerine uygun davrandığı**, ancak idare tarafından şikâyetçiye verilen cevaplarda işleme karşı hangi sürede hangi mercilere başvurulabileceğinin gösterilmemiş olması sebebiyle "karara karşı başvuru yollarının ve süresinin gösterilmesi" ilkesine **uyulmadığı görülmüş olup**, ilgili idarenin bundan böyle bu ilkeye de uyması beklenmektedir.

IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT

A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması

30. 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

B. Yargı Yolu

31. 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlıklı 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı 60 günlük dava açma süresinden arta kalan süre içerisinde İdare Mahkemelerine yargı yolu açıktır.

V. KARAR

Yukarıda açıklanan gerekçeler ve dosya kapsamına göre **ŞİKÂYETİN REDDİNE**,

Kararın **ŞİKÂYET BAŞVURUCUSU VE ÜST KURULU BAŞKANLIĞINA (.....) tebliğine**,
Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.

e-imzalıdır

M.Nihat ÖMEROĞLU
Kamu Başdenetçisi