D. 5/2016 YİM: 49/2012

YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNDE

ANAYASANIN 152. MADDESİ HAKKINDA.

Mahkeme Heyeti: Narin F. Şefik, Mehmet Türker, Tanju Öncül.

Davacı: Ertaç Sivri, Merkezi Cezaevi, Lefkoşa

* ile –

Davalı No. 1) Merkezi Cezaevi Müdürlüğü, İçişleri ve Yerel

Yönetimler Bakanlığı vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa

No. 2) Bakanlar Kurulu vasıtasıyla KKTC, Lefkoşa

A r a s ı n d a.

Davacı namına: Avukat Boysan Boyra

Davalılar namına: Kıdemli Savcı İlter Koyuncuoğlu.

---------------

H Ü K Ü M

Narin F. Şefik: Davacı, Davalılar aleyhine ikame ettiği davada, aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

1. Davalı No.1’e bağlı Merkezi Cezaevi Müdürü tarafından takriben 28.12.2011 tarihinde alınan ve Davacının bilgisine takriben 28.12.2011 tarihinde gelen;

“Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri Yasası’nın 58.maddesinin (4.) fıkrasının “B” bendine göre kadro fazlası olarak bir üst dereceye terfi ettirildiniz ancak Fasıl 286 (Cezaevi Disiplin Yasası) 6.maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan Tüzüğün (Cezaevi Hizmeti Tüzüğü) 2. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği gibi, rütbeleri Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri Yasası tahtında esas kadroya atanan kamu görevlileri takar. Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından, Kamu Görevlileri Yasası’nın 58. maddesinin (4.) fıkrasının “B” bendine göre terfi alan kamu görevlileri takılması gereken rütbeyi takmaz ve Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde terfi etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam eder.

Bu Yasa ve Tüzük tahtında siz aşağıdaki görev, yetki ve sorumlulukları taşımaktasınız:

1. Cezaevinin iç ve dış güvenliğini korur.
2. Hükümlüleri içte ve dışta devamlı göz altında tutmak için Cezaevi Amir Yardımcıları veya Kıdemli Gardiyanların yönergeleri uyarınca ve saat esasına göre vardiya usulü veya mesleki eğitim saatlerinde hükümlüleri eğitmek suretiyle görev yapar.
3. Amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer görevleri yerine getirir; ve
4. Görevlerinin yerine getirilmesinden Amirlerine karşı sorumludur”

şeklindeki kararın ve bu kararla ilgili tüm işlemlerin

hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç

doğuramayacağına dair mahkeme kararı ve/veya hükmü ve/veya

bu hususta emir;

1. Davalı No.2 Bakanlar Kurulu tarafından Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası’nın 6. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 29/07/2011 tarihli ve 128 ve/veya 404 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2. maddesinin (3.) fıkrasının geçersiz ve/veya ultra vires olduğuna dair beyan edici bir hüküm.
2. Davacının terfi ettiği Merkezi Cezaevi, Cezaevi Hizmetleri Sınıfı III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkiine uygun rütbeyi takmasına ve amirinin talep ettiği görev ve hizmetler yanında terfi ettiği mevkiin görev ve sorumluluklarını ifa etmesine yukarıda (A) paragrafında belirtilen karar ile engel olan Davalı No.1 ve/veya ona bağlı Cezaevi Müdürünün işbu karar ve/veya işlemlerinin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına ve/veya bu karar veya işlemlerin yapılmaması gereken bir ihmal olduğuna dair bir hüküm.
3. Davacının terfi ettiği Merkezi Cezaevi, Cezaevi

Hizmetleri Sınıfı III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkiine uygun rütbeyi takmasına ve amirinin talep ettiği görev ve hizmetler yanında terfi ettiği mevkiin görev ve sorumluluklarını ifa etmesine engel olan 29/07/2011 tarihli ve 128 ve/veya 404 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2. maddesinin (3.) fıkrasının hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair mahkeme kararı ve/veya hükmü ve/veya bu hususta emir;

1. Davalı No.2 Bakanlar Kurulu tarafından Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası’nın 6.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 29/07/2011 tarihli ve 128 ve/veya 404 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2.maddesinin (3.) fıkrasının Davacıya uygulanması gerektiğine karar veren Davalı No.1’in işbu hususta verdiği karar ve bu karar ile ilgili işlemlerinin hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğuramayacağına dair mahkeme kararı ve/veya hükmü ve/veya bu hususta emir”

verilmesi.

Davalı, Davacının iddialarını reddederek, yapılan karar ve/veya işlemlerin mevzuata uygun bir şekilde yapıldığını ileri sürmektedir.

Davanın dinlenmeye başlanması aşamasında, taraflar müşterek olguları Mahkemeye sunduktan sonra, Davacı dava konusu yapılan idari kararın dayandığı, 29.7.2011 tarihli Amme Enstrümanı 404, Resmi Gazete 128’de yayımlanan Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası’nın 6. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2. maddesinin 3. fıkrasının ve Fasıl 286 Cezaevi Disiplin Yasası’nın 6. maddesinin KKTC Anayasası’nın 1, 7, 8, 121 ve 122. maddelerine aykırı olduğunu iddia ederek, konunun karara bağlanmak üzere Anayasa Mahkemesine havalesini talep etmiştir. Davalılar, Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2 (3) maddesinin davanın kararında etken olduğunu kabul etmekle birlikte, Fasıl 286 madde 6’nın etken olmadığını ileri sürmüşler, Yüksek İdare Mahkemesi de Fasıl 286 madde 6’ya istinaden çıkarılan Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişliklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3. fıkrasının, Anayasa’nın 1, 7, 8, 121 ve 122. maddelerine aykırı olup olmadığının karara bağlanması amacıyla konunun Anayasa Mahkemesine havale edilmesine karar vermiş, Fasıl 286 madde 6 ile ilgili havale talebini ret ve iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 11/2013 (D.1/2015) sayılı kararında, oy birliği ile:

1. Kadro fazlası olarak terfi eden cezaevi kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3. fıkrasının, aynı hususlar 7/1979 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) altında da düzenlendiği için, Anayasa’nın 121. maddesine aykırı olmadığına;
2. Fasıl 206 madde 6’ya istinaden çıkarılan Cezaevleri

(Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü 2. maddesinin 3.

fıkrasının, Anayasa’nın 8. maddesindeki eşitlik ilkesine

ve yine Anayasa’nın 121. maddesi altında özlük

hakkı olarak değerlendirilmesi gerektiği iddia edilen

rütbe nişanı takma hususunun yasada değil tüzükte yer

almasının, başvuru konusunun karara bağlanmasında etken

olmadıkları nedeniyle, her iki başlık altında sunulan

iddiaların tezekkür edilip karara bağlanması

gerekmediğine;

karar vermiştir.

Davanın duruşmasına başlamadan önce, taraflar aşağıdaki hususları, müşterek olgu olarak kaydettirmişlerdir:

“1. Davacı, Kamu Görevlisidir ve Merkezi Cezaevi, Cezaevi

Hizmetleri Sınıfı IV. Derece Erkek Gardiyan Eri görevini

yapmaktayken III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkii ile

ilgili olarak açılan münhale müracaat etmiş ve 17.06.2011

tarihinde başvurduğu münhal kadronun sözlü sınavlarında

(mülakat) başarılı olmuştur.

2. Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından 15.12.2011 tarihli olup

Davacı adına Cezaevi Müdürüne gönderilen ve Cezaevi Müdürü

tarafından Davacıya 27.12.2011 tarihinde ve/veya takriben o

tarihlerde yazılan bir başka yazının ekinde, verilen yazı

ile Davacının, Kamu Görevlileri Yasası’nın 58. maddesinin

4.fıkrası “B” bendi tahtında 16.12.2011 tarihinde kadro

fazlası olarak III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan görevine

atandığı bildirilmiştir.

Kamu Hizmeti Komisyonunun 15.12.2011 tarihli yazısının

ekinde, III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkiinin hizmet

koşullarının aşağıda gösterildiği şekilde olduğu da

Davacıya bildirilmiştir:

A) Amirleri tarafından verilecek görevlerin yerine

getirilmesini sağlar;

B) Maiyetinde çalışan personelin çalışmalarını gözetir,

gerekli yöneriyi verir, Cezaevi Amir Yardımcılarına

bilgi sunar;

C) Amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer

görevleri yerine getirir; ve

D) Görevlerinin yerine getirilmesinden Amirlerine karşı

sorumludur (Emare No.2).

3. Davalı No.1’e bağlı Lefkoşa Merkezi Cezaevinin Cezaevi Müdürü, Kamu Hizmeti Komisyonunun 15/12/2011 tarihli yazısını da ekine koymak suretiyle aşağıda belirtilen takriben 28/12/2011 tarihli yazıyı 28/12/2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde Davacıya vermiştir:

Ertaç Sivri

Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri

Yasası’nın 58.maddesinin (4.)fıkrasının “B” bendine

göre kadro fazlası olarak bir üst dereceye terfi

ettirildiniz ancak Fasıl 286 (Cezaevi Disiplin Yasası)

6.maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkarılan Tüzüğün

(Cezaevi Hizmet Tüzüğü) 2.maddesinin 3.fıkrasında

belirtildiği gibi, rütbeleri Kamu Hizmeti Komisyonu

tarafından Kamu Görevlileri Yasası tahtında esas kadroya

atanan kamu görevlileri takar. Kamu Hizmeti Komisyonu

tarafından, Kamu Görevlileri Yasası’nın 58.maddesinin

(4.) fıkrasının “B” bendine göre terfi alan kamu

görevlileri takılması gereken rütbeyi takmaz ve Cezaevi

Müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde terfi

etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını

yürütmeye devam eder.

Bu Yasa ve Tüzük tahtında siz aşağıdaki görev, yetki ve

sorumlulukları taşımaktasınız:

1. Cezaevinin iç ve dış güvenliğini korur.
2. Hükümlüleri içte ve dışta devamlı göz altında

tutmak için Cezaevi Amir Yardımcıları veya Kıdemli Gardiyanların yönergeleri uyarınca ve saat esasına göre vardiya usulü veya mesleki eğitim saatlerinde

hükümlüleri eğitmek suretiyle görev yapar.

1. Amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer görevleri yerine getirir ve
2. Görevlerinin yerine getirilmesinden Amirlerine karşı sorumludur

Cezaevi Müdürü

Cezaevi Müdürü, yukarıda 5. paragrafta belirtilen Tüzük maddesine dayanarak, Davacının terfi aldığı kadronun hizmet şemasındaki görevlerini yapmasını, keza terfi ettiği derecenin rütbesini takmasını men ederek ve/veya yasaklayarak sadece terfi öncesi bulunduğu derecenin görev, yetki ve sorumluluklarını yürüteceğini, keza terfi öncesi rütbesini takacağını Davacıya bildirmiştir.”

Müşterek olguların sunulmasından sonra taraflar dava maksatları için 5 adet emareyi Mahkemeye sundular.

Davacının taleplerine bakıldığı zaman, Davacı, B bendindeki talebi ile Yüksek İdare Mahkemesinden beyan edici bir hüküm talep etmektedir. Böyle bir talep Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisini açıklayan Anayasa’nın 152. maddesi kapsamında olmadığından, bu talep incelenmeden ret ve iptal edilir.

Davacı, D paragrafındaki talebi ile, Amme Enstrümanı 404/2011 olarak yayımlanan Tüzüğün 2. maddesinin 3.fıkrasının hükümsüz ve etkisiz olduğuna ve/veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair emir talep etmektedir.

Yüksek İdare Mahkemesinin yetkisinin dayandığı KKTC Anayasası’nın 152. maddesi, bugüne kadarki içtihatlarda da görüleceği gibi, Yüksek İdare Mahkemesine, bir tüzük ve/veya tüzük maddesi ile ilgili idari hukuk prensipleri ışığında hükümsüzlük veya etkisizlik veya herhangi bir sonuç doğurmayacağına dair karar üretmesine cevaz vermemektedir. 27/2013 sayılı İyi İdare Yasası, ‘idari işlem’ tefsirine düzenleyici işlemi de katmış olsa dahi, 27/2013 sayılı Yasa dava konusu tarihte yürürlükte olmadığından, bu dava altında talep edildiği şekilde emir verilemez. Yüksek İdare Mahkemesi bir tüzüğün kısmen veya tümüyle ultra vires ve geçersiz olduğuna karar verebilir. Bu nedenle, D paragrafında yer alan talep de ret ve iptal edilir.

Davacının geriye kalan taleplerine bakıldığı zaman, Davacının iddialarının esasen 404/2011 sayılı Amme Enstrümanının 2(3) maddesinin ultra vires olduğu; Tüzüğün yapılmasına olanak sağlayan Fasıl 286 (Cezaevi Disiplin Yasası) madde 6’nın verdiği yetkiye uygun olmadığı; devamla, 7/1979 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B)’ye de ters düştüğü şeklinde sıralanabilir.

Bir tüzüğün ultra vires kabul edilebilmesi için, tüzük yapılmasına yetki veren yasadaki yetkiye uygun bir şekilde kaleme alınmamış olması gerekir. Ultra vires kriterleri Asli Yetki 1/1972’de şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu İstidada davacılar 15(2) nizamının yetki çerçevesi haricinde (ultra vires) olduğunu iddia etmektedirler.

Hiç şüphe yoktur ki bir Kanun, herhangi bir organın, Makamın Kanunun öngördüğü şekilde Nizamname yapmasına yetki verebilir. Ancak bu gibi hallerde yapılacak olan, Nizamnamenin Kanuna uygun olması ve Kanunun öngördüğü bir şekilde yapılması gerekir. Herhangi bir Kanun tahtinde yapılan herhangi bir Nizamname aşağıdaki hususlara uyması gerekir.

1. Nizamnamenin Kanunun öngördüğü bir şekilde yapılması, tasvip ve ilân edilmesi.
2. Nizamnamenin Memleket kanunlarına zıt (repugnant) olmaması.
3. Nizamnamenin yapıldığı Kanuna zıt olmaması ve Kanun tahtinde verilen yetki çerçevesini aşmaması.
4. Nizamnamenin gayri muayyen olmaması.
5. Nizamnamenin gayri makul olmaması.”

Amme Enstrümanı 404/2011, Fasıl 286 madde 6 ile verilen yetki altında yapılan bir Tüzüktür. Fasıl 286 madde 6 aynen şöyledir:

**“The Governor in Council may from time to time make**

**Regulations for the duties and conduct of the**

**officers and other persons employed in prisons,**

**and for the maintenance of good order and discipline**

**among such officers and other persons employed in**

**prisons and prescribe punishments for breaches of**

**such Regulations; and all Regulations, with the**

**prescribed punishments, made under the provisions**

**of this Law shall have the same effect and force**

**as if they were enacted in this Law.”**

**“6. Bakanlar Kurulu, cezaevi görevlileri ile**

**cezaevlerinde çalıştırılan başka kişilerin görevleri**

**ile davranışlarını düzenleyen ve bu gibi görevlilerle**

**cezaevlerinde çalıştırılan başka kişiler arasında normal**

**düzen ve disiplinin korunmasını öngören Tüzükler yapabilir**

**ve bu Tüzüklere aykırı davranışlar için ceza saptayabilir**

**ve bu yasa kuralları uyarınca yapılan tüm Tüzükler ve**

**saptanan cezalar bu yasada yapılmış gibi aynı şekilde**

**geçerli ve etkili olurlar.”**

Fasıl 286 madde 6 altında “cezaevlerinde çalıştırılan .... cezaevi görevlileri ile ...... başka kişilerin .... görevleri ile davranışlarını düzenleyen .... düzen ve disiplinin korunmasını belirleyen” tüzükler yapılabilmektedir.

Davacının konu yapmakta olduğu Tüzük maddesi, Amme Enstrümanı 404/2011 ile Amme Enstrümanı 322/43’ü tadil eden Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) Tüzüğü’nün 2(3) maddesidir.

Bu madde aynen şöyledir:

**“2.(3) Yukarıdaki (1)’inci fıkrada belirtilen rütbeler**

**Kamu Hizmeti Komisyonu tarafından Kamu Görevlileri**

**Yasası tahtında esas kadroya atanan kamu görevli-**

**leri tarafından takılır. Kamu Hizmeti Komisyonu**

**tarafından Kamu Görevlileri Yasası’nın 58’inci**

**maddesinin (4)’üncü fıkrasının (B) bendine terfi**

**alan kamu görevlileri yukarıdaki (1)’inci fıkra**

**kuralları gereği takılması gereken rütbeleri**

**takmaz ve Cezaevi Müdürü tarafından görevlen-**

**dirilmesi halinde terfi etmeden önceki görev,**

**yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam**

**ederler.**

**Açık kadrolara atanan ve atanmadan önceki**

**kadrosuna uygun rütbe (nişan) takan kamu**

**görevlileri, daha sonra kadro fazlası olarak**

**bir üst dereceye atanmaları halinde, en son**

**taktıkları rütbeyi (nişanı) takmaya devam**

**ederler.”**

Madde 2(3)’de Tüzüğün düzenlediği konular: a) 1. fıkrada yer alan rütbelerin esas kadroya atanan kamu görevlileri tarafından takılacağı, dolayısıyla 7/1979 madde 58(4)(B) altında kadro fazlası olarak terfi alanların bu rütbeleri takamayacağı; b) madde 58(4)(B) altında terfi alanların Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmeleri halinde terfi etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam edecekleridir.

Fasıl 286 madde 6, “görev ve davranışlar, düzen ve disiplin” konularında tüzük yapılmasına olanak tanımaktadır. Bu nedenle, yukarıda ifade edilen iki konunun, bu kapsamda olup olmadıklarına bakılması gerekir.

İlk olarak, Tüzük ile 7/1979 Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) altında kadro fazlası olarak terfi alanlardan, terfi almalarına rağmen, Cezaevi Müdürü tarafından terfi öncesi görevlerini yürütmelerinin talep edilebileceği ve terfi öncesi yetki ve sorumluluklara sahip olmalarının sağlanabileceği görülmektedir. Fasıl 286 madde 6’nın buna cevaz verip vermediğini irdelemek gerekir. Madde 6, cezaevi personelinin ifa edeceği görevlerle ilgili tüzük yapılmasına açıkça olanak tanımaktadır. Madde 2(3) uyarınca Cezaevi Müdürü, kadro fazlası olarak terfi almış kişiye, yeni kadrosunun görevini ifa etmesine olanak tanıyabileceği gibi, eski görevini de yaptırabilecektir. Bu durumda, kadro fazlası olarak terfi eden bir kişinin Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde, terfi etmeden önceki görevini yapmasını veya bu görevin yetki ve sorumluluklarını taşımasını düzenleyen bir tüzük maddesinin ultra vires olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Madde 2(3)’de yer alan diğer husus, rütbe takılmasıyla ilgilidir. Rütbe takmanın görev kapsamında mütalaa edilmesi mümkün değildir. Rütbe takmanın cezaevinde bir düzen kurulmasına ve disiplin sağlanmasına (”maintenance of good order and discipline”) yardımcı olduğu kabul edilebilir mi?

Rütbe takılarak personel arasındaki hiyerarşi belirlenmekte ve kimin amir kimin emre itaat edecek olan kişi olduğu ayırt edilebilmektedir. Bu yöntemle de iş yerinde, yani cezaevinde bir düzen sağlanabilmektedir. Kadro fazlası olarak terfi ettirilen kişilerden, Cezaevi Müdürü tarafından terfi öncesi görevlerini yapmalarının talep edilmesi halinde, kadro fazlası olarak terfi ettirilen bu kişilerin ifa ettikleri görevin rütbesi yerine bir üst kadro rütbesini takmaları, “amir-emre tabi olan kişi” ayırımında sorun yaratacağı gibi, itaat konusunda da karmaşaya sebep olacak ve cezaevindeki düzen bozulacaktır. Bu nedenle, Kıdemli Erkek Gardiyan kadrosunda yer olmadığı halde, sırf bir üst kadronun maaşının çekilmesini sağlamak için getirilen, kadro fazlası terfi mekanizmasından faydalanan Erkek Gardiyan Eri kadrosundaki kişilerin, kadro fazlası olarak terfi ettikleri kadronun rütbesini taşımalarını yasaklayan Tüzük maddesinin ultra vires olduğu kabul edilmez.

Netice itibarıyla, her iki konuda da tüzük yapılmasının Fasıl 286 madde 6’nın verdiği yetki kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda Tüzüğün 2(3) maddesinin ultra vires olduğu doğrultusundaki Davacının iddiaları ret ve iptal edilmelidir.

Davacı, Tüzüğün 2(3) maddesinin 7/79 Kamu Görevlileri Yasası’na da ters düştüğünü ileri sürmektedir. Yasanın madde 58(4)(B)’si aynen şöyledir:

“(4) Bu madde amaçları bakımından Yükselme amaçlı ilk atanma ve yükselme yeri kadroları veya yükselme yeri kadrolarının doldurulması yöntemi:

(A)Her Kurumun kendi teşkilat yasasında

bulunan bir hizmet sınıfında, kendi kurumunda bir alt derecedeki kamu görevlilerinin bir üst dereceye terfi ettirilmesi halinde yükselme yerinin açık kadro sayısı, yapılacak sınavdaki başarı listesi dikkate alınarak doldurulur. Açık kadrolara atananlar, atandıkları kadronun görev, yetki ve sorumlulukları taşırlar.

(B)**Yukarıdaki (A) bendinde belirtilen terfi sınavında başarılı olmasına rağmen kadro yetersizliği nedeniyle bir üst derecenin açık kadrolarına atanamayanlar, açık kadro sayısına bakılmaksızın kadro fazlası olarak bir üst dereceye terfi ettirilirler. Bu şekilde bir üst dereceye terfi ettirilenlerin sayısı, terfi sınavı yapılan kadronun bulunduğu hizmet sınıfının kendi teşkilat yasasında belirtilen toplam kadro sayısını aşamaz. Bu bend tahdında terfi alanlar, terfi aldıkları kadronun hizmet şemasındaki görevleri yanında amirlerinin görevlendirmesi halinde terfi öncesi derecelerin görev, yetki ve sorumluluklarını da yürütmeye devam ederler.”**

Madde 58(4)(B) altında terfi alanların terfi aldıkları kadronun hizmet şemasındaki görevleri yanında, amirlerinin görevlendirmesi halinde, terfi öncesi derecelerinin görev, yetki ve sorumluluklarını da yürütmeye devam edebilecekleri yer alır.

Amme Enstrümanı 404/2011’de ise, “cezaevi müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde, terfi etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam” edebilecekleri yer alır.

Davacı, Tüzüğün 2(3) maddesinin 7/79 Kamu Görevlileri Yasası’na ters düştüğünü ileri sürmektedir. 7/79 sayılı Yasanın madde 58(4)(B)’sinde terfi alanların terfi aldığı kadronun hizmet şemasında yer alan görevleri yanında amirleri tarafından görevlendirilmesi halinde terfi öncesi yaptığı görevlerine de devam edeceği ifade edilmekle birlikte, Tüzüğün 2(3) maddesinde bu konu aynı kelimeler ile ifade edilmemiştir. Madde 2(3)’de “Cezaevi Müdürü tarafından görevlendirilmesi halinde terfi etmeden önceki görev, yetki ve sorumluluklarını yürütmeye devam edeceği” ifade edilmiştir. Bu madde de kadro fazlası olarak atanan bir üst derecenin görevlerinin yapılamayacağı ifade edilmemektedir. Terfi ettirilen kişilerin, doğal olarak terfi ettirildikleri kadronun hizmet şemasındaki görevleri yapacakları kabul edilir. Tüzükteki madde 2(3) sadece, yeni kadroya bağlı görevlerine ek olarak eski kadroya bağlı görevleri, Cezaevi Müdürünün de görevlendirmesi halinde yapmak zorunluluğunu getirmektedir ve bu durum madde 58(4)(B)’ye ters değildir. Dolayısıyla, Amme Enstrümanı 404/2011 olarak yayımlanan Tüzüğün madde 2(3)’ünde yer alan hususların 7/1979 sayılı Kamu Görevlileri Yasası’nın 58(4)(B) maddesine ters olduğu iddiası mesnetsizdir.

Davacının A paragrafındaki talebinde yer alan Cezaevi Müdürünün kararı ultra vires olduğu kabul edilmeyen, geçerli mevzuat altında kaleme alınan bir karardır. Bu noktada alınan bu kararın mevzuata uygun olup olmadığını irdelemek gerekir. 45/88 sayılı Merkezi Cezaevi Yasası Cezaevi Hizmetleri Sınıfı III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkii ile IV. Derece Erkek Gardiyan Erinin Hizmet Şemalarında görev, yetki ve sorumlulukları şöyledir:

MERKEZİ CEZAEVİ

KIDEMLİ ERKEK GARDİYAN KADROSU

HİZMET ŞEMASI

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Kadro Adı | | | : Kıdemli Erkek Gardiyan |
| Hizmet Sınıfı | | | : Cezaevi Hizmetleri Sınıfı |
| Derecesi | | | : III (Yükselme Yeri) |
| Kadro Sayısı | | | : 33 |
| Maaş | | | : Barem 12-13 (47/2010 Sayılı Yasa Tahtında Barem 6) |
|  | | |  |
| I.GÖREV YETKİ VE SORUMLULUKLARI: | | | |
|  | **(1)** | **Cezaevinin iç ve dış güvenliğini korumak;** | |
|  | **(2)** | **Hükümlüleri cezaevi içinde ve dışında devamlı gözetim altında tutmak için amirlerinin yönergeleri uyarınca görev yapmak;** | |
|  | **(3)** | **Amirleri tarafından maiyetine verilen personelin çalışmalarını gözetmek, gerekli yönergeyi vermek ve amirlerine bilgi sunmak;** | |
|  | **(4)** | **Mesleki eğitim saatlerinde hükümlülere nezaret etmek;** | |
|  | **(5)** | **Gerekmesi durumunda vardiya veya rotasyon usulü ile çalışmak;** | |
|  | **(6)** | **Amirleri tarafından verilecek görevlerin yerine getirilmesini sağlamak;** | |
|  | **(7)** | **Amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer görevleri yerine getirmek; ve** | |
|  | **(8)** | **Görevlerinin yerine getirilmesinden amirlerine karşı sorumludur.** | |

MERKEZİ CEZAEVİ

ERKEK GARDİYAN ERİ KADROSU

HİZMET ŞEMASI

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Kadro Adı | | | : Erkek Gardiyan Eri |
| Hizmet Sınıfı | | | : Cezaevi Hizmetleri Sınıfı |
| Derecesi | | | : IV (İlk Atanma Yeri) |
| Kadro Sayısı | | | : 15 |
| Maaş | | | : Barem 9-10-11 (47/2010 Sayılı Yasa Tahtında Barem 5’in 4’üncü Kademesi) |
|  | | |  |
| I.GÖREV YETKİ VE SORUMLULUKLARI: | | | |
|  | | | |
|  | (1) | Cezaevinin iç ve dış güvenliğini korumak; | |
|  | (2) | Hükümlüleri cezaevi içinde ve dışında devamlı gözetim altında tutmak için amirlerinin yönergeleri uyarınca görev yapmak; | |
|  | (3) | Mesleki eğitim saatlerinde hükümlülere nezaret etmek; | |
|  | (4) | Gerekmesi durumunda vardiya veya rotasyon usulü ile çalışmak; | |
|  | (5) | Amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer görevleri yerine getirmek; ve | |
|  | (6) | Görevlerinin yerine getirilmesinden amirlerine karşı sorumludur. | |

Davacı, terfi almadan önce, IV. Derece Erkek Gardiyan Eri idi. Hizmet şemasına göre, Davacının kadro görevi, cezaevinin iç ve dış güvenliğini korumak; hükümlüleri cezaevi içinde ve dışında devamlı gözetim altında tutmak için amirlerinin yönergeleri uyarınca görev yapmak; mesleki eğitim saatlerinde hükümlülere nezaret etmek; gerekmesi durumunda vardiya veya rotasyon usulü ile çalışmak; amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun görevleri yerine getirmek ve görevlerinin yerine getirilmesinden amirlerine karşı sorumlu olmaktı.

Davacı kadro fazlası olarak terfi ettikten sonra, III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan olmuştur. Hizmet şemasına göre Davacının kadro görevi, cezaevinin iç ve dış güvenliğini korumak; hükümlüleri cezaevi içinde ve dışında devamlı gözetim altında tutmak için amirlerinin yönergeleri uyarınca görev yapmak; amirleri tarafından maiyetinde verilen personelin çalışmalarını gözetmek, gerekli yönergeyi vermek ve amirlerine bilgi sunmak; mesleki eğitim saatlerinde hükümlülere nezaret etmek; gerekmesi durumunda vardiya veya rotasyon usulü ile çalışmak; amirleri tarafından verilecek görevlerin yerine getirilmesini sağlamak; amirleri tarafından verilecek mevkiine uygun diğer görevleri yerine getirmek ve görevlerinin yerine getirilmesinden amirlerine karşı sorumlu olmak olmuştur.

Hizmet şemaları mukayese edildiği zaman, Er ile Kıdemli Erkek Gardiyan Hizmet Şemaları kalemlerinin 6 tanesinin aynı olduğu, Kıdemli Gardiyanın 3. ve 6. sıradaki görevlerinin Er’in Hizmet Şemasında yer almadığı görülür.

Bir kişi, terfi ettiği kadronun hizmet şemasında yer alan tüm görevleri yapma ehliyetine sahiptir. Davacıya Emare No.1 Yazı ile 16.12.2011 tarihi itibarıyla Kamu Görevlileri Yasası madde 58(4)(B) kuralları çerçevesinde, III. Derece Kıdemli Erkek Gardiyan mevkiine terfi ettiği bildirilmiştir.

Emare No.2 Yazı ile Kamu Hizmeti Komisyonu Davacının mevkiinin görev, yetki ve sorumluluklarını sıralamıştır. Burada yer alan kalemlerde Kıdemli Erkek Gardiyan Hizmet Şemasının 6, 3, 7, 8. kalemleri sıralanmıştır. 3. ve 6. kalemde sıralanan görevler Erkek Er Gardiyan’ın Hizmet Şemasında yer almamaktadır. 7. ve 8. kalemler her iki hizmet şemasında vardır. Esasen 3. ve 6. kalem haricindeki kalemler her iki şemada aynıdır. Emare No.2’ye ekli Cezaevi Müdürünün yazısında ise Davacının görevleri Kıdemli Erkek Gardiyan Kadrosunun Hizmet Şemasında 1, 2-4-5, 7, ve 8. kalemleri ihtiva eder. Yasada “amir” kelimesi yer alırken, Cezaevi Müdürü bunu “Cezaevi Amir Yardımcıları veya Kıdemli Gardiyanlar” olarak açmıştır. Bu kalemlerin hepsi de III. Derece Erkek Gardiyan Er kadrosunda yer alır.

Bu durumda, Cezaevi Müdürü esasen Davacıya, tümü ile terfi etmeden önceki görevleri yapacağını ve terfi neticesinde terfi ettiği makamın rütbesini de takamayacağını bildirmiş

olmaktadır. Cezaevi Müdürü 28.12.2011 tarihli kararı ve/veya yazısı ile Davacıya, kadro fazlası olarak terfi aldığı Kıdemli Gardiyan Kadrosunun Hizmet Şemasında yer alan görev, yetki ve sorumlulukları yasaklamış ve/veya men etmiş değildir. Cezaevi Müdürünün kadro fazlası olarak terfi alan bir kişiye kadrosuna bağlı hizmet şemasında yer alan görevleri yasaklama yetkisi yoktur. Cezaevi Müdürünün, 404/2011 sayılı Tüzüğün 2(3) maddesi altında, 28.12.2011 tarihli kararda olduğu gibi bir talimat vermeye hakkı vardır. Cezaevi Müdürünün Davacıdan eski görevine devam etmesini istemesi, yeni kadroya bağlı görevleri men etmediği müddetçe, mevzuata aykırı değildir. Cezaevi Müdürünün herhangi bir safhada talimat değişikliği ile Davacıya, kadro fazlası olarak terfi ettiği kadroya bağlı görevleri fiilen yapma direktifi vermesi mümkündür. Bu nedenle, Cezaevi Müdürünün bu kararıyla Davacıyı Cezaevi Hizmetleri III. Derecede fiilen çalışmaktan engellediği söylenemez. Yürürlükteki mevzuat ışığında, Cezaevi Müdürünün 28.12.2011 tarihli kararında, Davacıya yapmasını bildirdiği görev, yetki ve sorumlulukların mevzuata uygun olduğu açıktır.

Netice itibarıyla, Amme Enstrümanı 404/2011 Cezaevleri (Cezaevi Hizmeti) (Değişiklik) Tüzüğü’nün 2(3) maddesinin ultra vires olduğu kabul edilmez. Cezaevi Müdürünün 28.12.2011 tarihli kararı yürürlükteki mevzuata uygun kabul edildiğinden, Davacının A, C ve E bentlerindeki talepleri de ret ve iptal edilir.

Sonuç itibarıyla, Davacının davası tümüyle ret ve iptal edilir.

Dava masrafları Davalı lehine verilir.

Narin Ferdi Şefik Mehmet Türker Tanju Öncül

Başkan Yargıç Yargıç

19 Şubat 2016