

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE PERSONEL HUKUKUNA BAKIŞI

Prof. Dr. Sait GÜRAN*

Anayasa Mahkemesi'nin bu yılki kuruluş yıldönümü Sempozyumunda, personel hukuku alanında bildiri hazırlamamın, bence, önemli «sebepleri» var. Türkiye'de kamu personelinin özellikle memur (1) kesiminde, on yıllardır kararlı, tutarlı, güvenli, çekici, özendirici ve doyumlu bir statüden, artan ölçülerde uzaklaşılması; daha kötüsü, bu kesimin siyasal iktidarların yanlı ve sistemli operasyonlarının uygulama alanı yapılmasıdır. Türkiye'deki siyasal kutuplaşma ve ekipleşmenin, Kamu Yönetiminde, yatay ve dikey boyutlarda, sınır tanımaksızın, bütün şiddetle, durmak bilmeden ve askerlikteki deyişle «siper kazanmak» anlayışıyla gerçekleştirilmesidir (2). Sebep bir başka olguyla devam ediyor. Kamu personeli, bu defa kamu kesimi işçileri de dahil, bir kaç yıldır, sanki ekonomi ve yönetim (management) gereği imiş gibi gösterilerek, özelleştirme ve sözleşmelileştirme araçları kullanılarak, bir «eritilme» (3) ve «yandaşlaştırma» sürecinden ısrarlı bir yaklaşımla geçirilmekte. Öğreti ve içtihadın, oybirliği içinde «hukuken olmaz» dediği hususları, Hükümetin, kanun hükmünde kararname yönteminden yararlanarak, katı bir tavırla sürdürmesi, bünyedeki sorunları ağırlaştırıp, çözümlenmesini daha da zorlaştırmakta. Bunun ötesinde, maalesef, Anayasa'nın 128. maddesinin yüklediği görevi ve verdiği buyruğu unutmuşcasına, Parlamento da, kanun hükmünde kararnameleri, öncelik ve ivedilik (4) bir yana, «sonralık ve

(*) I.Ö.H.F. Öğretim Üyesi

- (1) Bu bağlamda «memur» kavramını, 657'nin kapsamı ile sınırlamıyor; Anayasanın dilıyla, yargıçları, savcılarını, yüksek öğretim kadrolarını, yerel yönetim ve kamu kurum ve kuruluşlarının bu statülü mensuplarını da katıyoruz.
- (2) Bakınız, Sait Güran : Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri (IÖHF. yayını, 1980).
- (3) Biraz daha sert, fakat, belki de daha isabetli deyişle «extinction» soyunun tükeltilmesi.
- (4) Anayasa, madde 91/8.

yavaşlıkla» gündemine almak suretiyle, Yasama erkinin geçici ve koşullu olarak Yürütme'ye aktarılması ilkesine dayalı düzenleme modelini, bir anlamda, sürekli ve kesin aktarma modeline çevirmekte. Parlamento, bu «yasama anlayışı» ile, kamu personeli alanında, meselelere el atmayan, bunalımı ve gerilimi ise arttıran bir kurum rolü oynamakta.

İşte, bu ahval ve şerait içinde, bir yanda öğretiyeye, diğer yanda Yargı'ya, kamu personeli konularını, meteorolojik ifadeyle, kötü hava koşullarının egemen olduğu bir ortamda, hukuk ve kamu yönetimi biliminin kurallarına ve gereklerine uygun bir zemine ulaştırmaları görevi düşüyor. Özellikle 1982 Anayasası'nın karmaşık metni ve sistematigi karşısında, tüm bu ciddi sorunların aşılması bakımından, Anayasa Mahkemesi'ne gerçekten büyük bir sorumluluk ve etki sahibi bulunduğu için, bakışını, yorumlarını dile getiren kararları ve gerekçeleri, Ülkede, siyasal iktidarların değil, Hukuk'un üstünlüğüne inanmış herkesin dikkatlerinin, ümitli ve sıcak bir ilgiyle yoğunlaştığı odak noktası oluyor.

Bu düşünceler ve dürtüler ile ele aldığımız Anayasa Mahkemesi'nin personel hukukuna ilişkin kararlarının neredeyse tümünün, Anayasa'nın 128'inci maddesi etrafında döndüğü görülmektedir. Bu, bir rastlantı değildir. Çünkü, bu madde, mevcut içeriğiyle, Türk Personel Hukuku'nun temel taşı konumundaki, anahtar hükümdür. Ayrıca, maddenin 82 Anayasası'ndaki metni, birinci fıkradaki ilâvelerle, 61'in 117'sinden özde farklı ve yeni bir durum yaratmakla kalmamış; karmaşâ ve problemi de birlikte getirmiştir. Öğreti ile Yargı, bu gibi ikilemleri, açmazları aşmak, metinlere, kendi sistemi içinde işler anlamlar vermekle görevlidir.

Bu nedenlerle, bildiri, 128. maddenin irdelenmesi eksenini üzerine bina edilmiştir. Bunu yaparken, önce madde 128'in orijinine gidilecek; sonra 61/82 metinleri karşılaştırılacak ve bu kısım, 128/1'in ne dediğinin belirlenmesi ile noktalanacaktır.

Bildirinin ikinci kısmında, Anayasa Mahkemesi'nin, 128. maddenin birinci ve ikinci fıkrasını işleyen kararları ele alınacaktır.

128'inci Maddenin Doğuşu ve Bugünü

I. Ön Tasarı

1961 Anayasası'nın yapılması sürecinin ilk adımı olarak kurulan ve İstanbul'da çalışan Bilim Komisyonu (5) tarafından hazırlanan «Anayasa Ön Tasarısı»nın beş maddesinden kaynaklanan şimdiki 128. madde, T.C. İdare Teşkilâtı içinde yer alan, klâsik idarî yönetim modeli uyarınca oluşturulan kuruluşlarla —başta Devlet kamu tüzel kişisi— kamu İktisadî teşebbüsleri gibi ticarî, sınaî, malî fonksiyonlu ve ayrı yönetim usullerinin hakim olduğu kuruluşlar arasında varlığı kabul edilen farkın ürünüdür. Bu ürünün oluşumundaki bir katkı maddesi de, 788'ler, 3656'lar, 3659'lar, 4/10195'ler gibi statülerle ortaya çıkan karmaşanın giderilmesi memurların diğer kamu görevlilerinden ayırt edilmesinin sağlanması ve bir düzene bağlanması düşüncesidir.

Bu sorundan, çözümcü yaklaşımla yola çıkan Bilim Komisyonu, memurluğa bir meslek olarak bakmış; klâsik kamu hizmetlerinin işlerliğini sağlayacak lokomotifler olan aslî ve sürekli görevlerin, «ancak», kamu görevlerini, aslî ve sürekli biçimde görmek isteyen, yani kamu görevliliğini meslek olarak seçmiş ve girmiş kamu görevlisi kişiler eliyle yürütülebileceğini varsaymıştır (6).

Ön Tasarı'nın bu yaklaşımını açıklayan ve maddé 136, 148-151'de yoğunlaşan hükümleri şöyle özetleyebiliriz :

Genel idare usullerî, ticarî, sınaî ve malî faaliyetler ile bunları yerine getiren kamu İktisadî teşebbüsleri dışında kalan; yani, kamu hukuku kuralları ve kamu kudreti usulleri içinde düşünülecektir ki, «idarî kamu hizmetleri, ancak genel idâre usulleriyle görülebilir. (md. 131).

Genel idare, yani «kamusal yönetim» usullerine tabî hizmetlerin personeline gelince; Ön Tasarı, aslî ve sürekli görevleri, yasal statü ve güvenceyle donatılmış «memur»ların tekeline sokmuş; «İkincil» mahiyetteki devamlı işler için, «geçici» olarak görevlendirilen ve memurluğun hak ve güvencesinden yoksun tutulan, fakat en çok 2/3 oranda daha yüksek ücret verilecek kişilere bırakmış (md. 148-149);

(5) Sıddık Sami Onar'ın başkanlığındaki Komisyonun üyeleri şunlardı : Muammer Aksoy, İlhan Arsel, Lütfi Duran, Hüseyin Nail Kubalı, Rağıp Sarıca, Bahri Savcı, Naci Şensoy, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Vakur Versan. Komisyon üyelerinden Duran ve Versan, daha sonra İsmet Giritli ile Tarık Zafer Tunaya'nın yerine katılmışlardır.

(6) Güran : n. 2, 185.

sözleşmeli personelin ise, ancak, «geçici» nitelikteki işlerde, süreli biçimde çalıştırılabileceğini (md. 151) öngörmüştür.

Özel idare usulleri ile yürütülen ticarî, sınaî, malî teşebbüslerin (7), devamlı ödevleri, «sürekli» istihdam edilen, fakat memur statüsüne girmeyen, ancak memurlardan iki kat aylık alabilecek olan kişilerce görülecektir. Bu tür teşebbüslerin geçici işlerinde de, sözleşmeli personel çalıştırılması benimsenmiştir (md. 150-151).

II. 1961 Anayasası

Kurucu Meclis ise, bu ayrıntıya girilmesini gerekli bulmamış olacak ki; Anayasa'nın 117. maddesi ile sadece memurlar hakkında hüküm koymakla yetinmiştir. Bu içeriğiyle, 1961 Anayasası'ndaki «genel idare esasları» kavramı Ön Tasarı'daki fonksiyonunu yitirmekle beraber; gene de, arkasındaki kaynak metinle birlikte okununca, anlaşılır, tutarlı bir ölçüt —tanım ve sistem— kural getirmiştir.

61 Anayasası'nın 117. maddesinin ilginç ve isabetli olan yanı, bu metni ile, memuru tanımlaması ve sürekli, güvenceli profesyonel kamu görevlilerine özgülenmesi gereken görevleri, doğru ve yerinde olarak, «ilgilisi»ne, yani memurlara terk ve teslim etmesi olmuştur (8).

Fakat, Ön Tasarı'nın, kamu iktisadî teşebbüslerini, özel hükümle, genel idare usullerinin dışında tutmak suretiyle, memuru tanımlayan 148. maddesinde genel idare usullerine tabi kamu hizmetleri gören diğer kamu tüzel kişileri arasından çıkartan modeli, 1961 Anayasası'nın sadece 148. maddeyi alan 117. maddesiyle değişmiştir. Çünkü, yeni düzenleme ile 61 Anayasası, kuşkusuz birer kamu tüzel kişisi durumundaki KİT'lerinin de, birden bire madde 117'nin kapsamına sokulabileceği; bunun sonucu olarak, bunların aslî - sürekli görevlerinde de «memur» çalıştırılması zorunluluğunun getirebileceği bir hü-

(7) Genel idaredeki «hizmet» sözcüğüne karşılık burada «teşebbüs» tercih edilmiş.

(8) Anayasanın 117. maddesinin âmir hükmü ortada iken, Devletin genel idare esaslarına göre yürüttüğü hizmetlerinin aslî ve sürekli görevlerinin «bir kariyer teşkil eden teminatlı memurlar» eliyle görülmesi gerekir. Lütfi Duran : Türk İdaresinde Politik Nitelikte Yüksek Kademe Yöneticilik Mevkipleri İhdas Edilmeli midir? (1/1 Amme İdaresi Dergisi 74; 1968); «Anayasadaki tanımlamaya sadık kalacağız ve memurları, idarî kamu hizmetlerinin yürütülmesine, aslî ve sürekli görevlerle katılan ve aylık (*) alan kamu görevlileri olarak tanımlayacağız.» Mukbil Özyürek : İdare Hukuku Dersleri, 114 (Ankara, 1973); (*) «...akdî nitelikte ücret değil.» (ibid).

küm yaratmıştır (9). Mamafih, 61 Anayasası'nı, kaynağı Ön Tasarı ile birlikte değerlendiren yorumlar yapıldığında, KİT'lerini 117'nin diğer kamu tüzel kişileri arasında saymamak yolu saklı kalmak kaydıyla. Ancak, 61'in uygulandığı dönemde, KİT'leri, memur çalıştıran diğer kamu tüzel kişileri olmuştur (10).

III. 1982 Anayasası

Danışma Meclisi, eski 117. madde metnini esas aldıktan sonra, büyük ihtimalle, Anayasa Mahkemesi'nin, Devlet Plânlama ve ODTÜ kararları (11) ile memur statüsünde olmayan kamu personelinin, memurlara özgü görevlere getirilemeyeceğini ifade eden içtihadını etkisiz kılarak, bu yolu açmak düşüncesiyle, maddeye «diğer kamu görevlileri» kategorisini de eklemiştir. Yeni içeriği ile büyük ve kökten bir değişikliğe uğrayan bu hüküm, Millî Güvenlik Konseyi tarafından da değiştirilmiştir. Maddeye, bu defa, «kamu iktisadî teşebbüsleri» de konulmuş (12); ve böylece şu noktaya ulaşılmıştır :

«Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası, "memur" kategorisini belirleyen 'asli ve sürekli görev' kavramı içine 'diğer kamu görevlileri'ni sokmak ve hatta kamu iktisadî teşebbüslerini 'genel idare esasları' ve personelinin de 'asli ve sürekli görev' kapsamı içine almakla, 'kamu ajanları' arasında büyük bir karışıklığa ve belirsizliğe yol açmış bulunmaktadır. Oysa, 1961 Anayasası (md. 117) sadece 'genel idare esasları'

-
- (9) Genel İdare esasları kavramı, İstanbul Komisyonu taslağında (Ön Tasarı) KİT'ler için öngörülen karşısı «özel idare esasları» deyiminin yer aldığı başka bir madde Kurucu Meclis tarafından metne konulmadığından; o zamandan beri duraksamalara ve yanlış anımalara yol açmaktadır. Lütfi Duran : Sözleşmeli Kamu Personeli (Cumhuriyet. 12 Aralık 1988, Sf. 2).
- (10) Devlet Personel Dairesi'nin, Kamu Personeli Anket Sonuçlarına göre 1976 yılında, iktisadi devlet teşekküllerinde «memur» oranı şöyledir : PTT'de % 99,5; DDY'nda % 45,9; Ziraat Donatım Kurumu'nda % 58,8; Toprak Mahsulleri Ofisi'nde % 90,2; Emlâk Kredi Bankası'nda % 98,6; Ziraat Bankası'nda % 99,5; Halk Bankası'nda % 100'dür. (Güran : n. 2, 23); Aynı anket sonuçlarınının 1986 yılına ait rakamlarına göre, kamu iktisadi teşebbüslerinde (33 kuruluş) 303,315 işçi, 44.313 geçici personel, 3441 sözleşmeliye (toplam 350.869) karşılık, 253.218 memur bulunmaktadır. Böylece, memurlar, toplam KİT personelinin % 41,9'unu teşkil etmektedir. KİT memurları da, toplam ülke memur nüfusunun % 20'si civarındadır.
- (11) Sırasıyla, AYM. 23 - 25.10.1969, E: 41, K: 57 (RG: 12.3.1971 - 13776; AYM. 25.5.1976, E: 1, K: 28 (RG: 16.8.1976 - 15679).
- (12) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası / Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Sf. 193 (Millet Meclisi Vakfı Yayını, 1983).

na göre yürütülen kamu hizmetlerinde' yani klâsik kamu idare ve kurumlarında 'kamusal yönetim usulleri' uyarınca gerçekleştirilen esas işlevlerinin gerektirdiği 'asli ve sürekli görevlerde' çalışan personelin 'memur' olduğunu belirtmekte ve yalnız bunlara 'memur teminatı' (md. 118) tanımakta idi... 1982 Anayasası 'kamu hizmeti görevlileri'nin tümünü, yani 'memur ve diğer kamu görevlileri'ni tek bir personel kategorisi içinde kaynaştırıp aynı genel kurala tâbi kılınca; memurlarla öteki personel arasında ayırma yer olmadığı gibi, 'genel idare esasları' veya 'özel yönetim usulleri'ne göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışanlar arasında da bir fark kalmamıştır.» (13)

128'in doğumundan bu yana geçen süre sonunda ortaya çıkan hukuksal durum, orijininin ayrılmış bir hüküm, personel hukuku ile bağdaşmayan bir madde, içindeki kavramlarla ayırımların anlamlarını kaybettiği bir metindir. Çünkü, Duran'ın da az önce belirttiği gibi, aslında, özel idare usullerinin «kendisi olan» ve genel idare usullerine yer vermiyen KİT'leri de, genel idare usullerine dahil edilince, zaten geriye özel idare usulleriyle çevrilecek «hizmet tipi» kalmıyor. O zaman, şu sorulara cevap gerekiyor: Maddedeki genel idare esasları ne anlama geliyor; hangi farklılığı ifade ediyor; olan bir ayırımı mı, yoksa olmayan ayırımı mı? Ayrıca, özel idare usulleri uyarınca görülecek kamu hizmetleri var ise, fakat bunlar KİT'lerinin gördükleri de olmayacağına göre, bunlar nelerdir ve KİT'lerinkinden hangi noktada ayrılmaktadır?

Varsayımı ve anlamlandırma yaklaşımını değiştirelim, o zaman da şu ikileme karşılaşıyor: 82 Anayasası/128 ile, fonksiyonları ve varlık sebepleri, orijininin de, özel idare usullerini uygulamak olan KİT'lerinde de, genel idare esasları çerçevesinde yürütülecek «görevler» değil «kamu hizmetleri»nin bulunduğu tescil ediliyor. O halde, artık şöyle mi düşüneceğiz? Bakacağız, hangi kamu tüzel kişisinde —Devlet kamu tüzel kişisi dahil— ve KİT'inde, «genel idare esasları»na tâbi bir «hizmet» var mı; önce bunu belirleyeceğiz. Yani burada, «birim», o kuruluştaki görülen kamu hizmeti veya birden çok ise —örneğin Devlet, belediyeler— kamu hizmetlerinin «her biri» olacaktır. Bunlardan, genel idare usullerine göre işletilen kamu hizmetleri 128 kapsamına girecektir. Ancak, özel idare usullerinin uygulandığı kamu hizmeti örgütleri «kamu tüzel kişileri özel hizmetkâr kullanamayacağına göre»(14)

(13) Lütfi Duran : Anayasa Mahkemesi'ne Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni II, 19/2 Amme İdaresi Dergisi, 18 (1986).

(14) Duran : n. 9, 2.

hizmet, hangi tür kamu görevlileri ile yürütülecektir? Bu kamu görevlileri ile, genel idare esaslarına tâbi hizmetlerde çalışan «diğer kamu görevlileri» arasında hukuken ne gibi farklar olacaktır veya hiç fark olmayacak mıdır? Başka bir deyişle, 128 kamu görevlisi; 128 - dışı kamu görevlisi mi vardır? Yoksa, özel idare usulleri uyarınca yönetimde, memur olmayacak, 128'in diğer kamu görevlisi olmayacak; tepeden tabana herkes, örneğin «işçi» mi olacak? ... Ya da, Duran'ın dediği gibi (15) «KİT'ler kamu kesiminde yer almakta ise de; yönetim biçimleri tamamen "genel idare esasları" uyarınca değil, kamusal - özel karışımı karma bir yönetimi içermektedir. Bu kuruluşlar, dış ilişkilerinde özel hukuk kuralı ve usullerine uymakla beraber, iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı bulunmaktadır. KİT'lerin kamu tüzel kişileri olmaları ve kamu yararına yönelik bir takım yeni kamu hizmetlerini görmeleri nedeniyle, işçiler dışında kalan personeli ile ilişkileri kamusal nitelikli statülerin nesnel (objektif) ve genel hükümlerine göre yürütülmek gerekir. Yükümlü oldukları kamu hizmetlerini salt "genel idare usullerine" göre yürütmedikleri gerekçesiyle, KİT'lerin personelini memur veya kamu görevlisi saymamak doğru ve mümkün değildir. Gerçekten 1982 Anayasası bağlamında bunlar ... ancak kamu personelinden ya memur ya da kamu görevlisi olabilirler» (16).

Bir diğer soru da 128/2 ile bağlantılıdır. Şöyle ki, eğer hukuksal rejimleri yasayla düzenlenecek olanlar, sadece Anayasa'daki 128/1 personeli ise, kamu tüzel kişilerinin —Devlet dahil— özel idare esasları çerçevesindeki hizmetlerini yürüten kapsam dışı personelin 128/2' de belirtilen «meslekî» konuları, doğrudan doğruya veya yetki kanunu üslûblu iki satırlık kanunların ardından «idarî düzenlemeye» mi terk edilecek?

Son soru da, aslî - sürekli görevlerin, somut planda, talî - sürekli, aslî - geçici görevlerden, kesin çizgilerle ayırtedilebileceği var sayılsa bile; bu defa da, aslî - sürekli görevleri yürütecek «diğer kamu görevlileri»nin kimler olacağıdır. Üstelik, bunlar, maddedeki tanım ve

(15) İbid.

(16) Duran : n. 9, 2; «KİT'lerin denetimini düzenleyen 165. madde... bunların devlet içindeki varlığını ve sürekliliğini kabul etmektedir. Siyasal partilere girme yasağı kapsamında bulunanları sayan 68. maddenin son fıkrası... özellikle KİT personelini anlatmak istemiştir.» İbid.

yazım şekli gereği memurlara özgülenmiş görevleri paylaşacaklardır (17).

İşte, Anayasa Mahkemesi, Türk Kamu Yönetimi'nin, kuruluş ve işleyişi bakımından, Türk Personel Hukukunun bugünü ve geleceği yönünden fevkalâde önemli olan 128. maddedeki bu «caos»u ve anlamsızlıkları sona erdirip, gerekli düzeltmeyi yaparak, maddeye, rasyonel bir anlam vermek, sağlıklı biçimde işletmek «yargısal» görevi ile karşı karşıyadır. Bunun için, Yüksek Mahkeme'nin, «olaya» maddenin metninin üstüne çıkarak bakması gerekli ve yeterlidir.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BAKIŞI

1982 Anayasası'ndan sonra, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlardan, yayınlanan onaltısı bu bildiriye ele alınacaktır. KİT'lerinde sözleşmeli personel ile idarî yargı yargıçları kararları iptal hükmünün duyurulmasına rağmen, bugüne kadar henüz yayınlanmadığından, bunlar inceleme dışı kalmaktadır. Bununla beraber, önceki kararlarına bakarak, sözleşmeli personel hakkında tahliller yapılacaktır.

I. 128'inci Maddenin Birinci Fıkrasında Yer Alan Konular

Aslında Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarda, önüne gelen davalarda, çözümlenmesi istenen somut hukuksal aykırılık üzerine eğilmiş, onu yanıtlamış; fakat, buradan hareketle, 128'deki kavramları ve 128'in bütününe yeterince yerli yerine oturtan bir yol izlememiştir. Mahkeme'nin, 128'den ne anladığı veya ne anlam verdiği, tam olarak

(17) Nitekim, 22. yıldönümünde sunduğum bildiriye, diğer kamu görevlilerinin kimler olabileceğini açıklamıştım*. Bu defa, aynı satırlara, Hocam Duran'ın, KİT'lere ilişkin olarak azönce aktardığım, bunların **kamusal - özel karışımı karma bir yönetim modeli** üzerine kurulmuş kamu tüzel kişileri oldukları tesbitinden hareketle, bu noktaya ilişkin açıklığı vererek tanımlamayı şöyle yapıyorum : 128. maddenin 1. fıkrasındaki ifade, zaten memurun kabul görmüş tanımı olmaktadır. Ayrıca, buradaki görevler, kamu tüzel kişilerinin salt kamusal veya kamusal-özel karışımı yönetim esaslarına-usullerine göre yürütülen hizmetlerin asli ve sürekli nitelikteki öğeleri —yapı taşları— olduğundan, tanım ve doğası gereği öncelikle ve kaideten, memurlara özgü görev kategorisi, teşkil ettiğinden ve bunlar tarafından yerine getirildiğinden, «diğer kamu görevlileri» kavramının içeriğinin de bu çerçeve içinde belirlenmesi gerekir. Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak İdare ile «kamu hukuku» ilişkisi bulunan ve hizmetin «asli elemanı» sayılabilecek türde bir görevde çalışanlar olabilir.*

Sait Güran : Anayasa'nın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu (Anayasa Yargısı, Sf. 199; Any. Mhk. Yayını 4, 1984).

netleşmiş değildir. Bu husus, yanlış görmüyorsak, Mahkeme'nin, davalar vesilesi ve vasıtası ile, ilke koymaktan ziyade, somut bir Anayasa aykırılığı iddiasını, «birel bir uyuşmazlık» gibi ele almasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında, benzer çerçeve içinde mütalâa edilebilecek konularda, farklı sonuçlara varırken, iki kararın ayrıldığı noktaları yeterince net belirtmediği zamanlarda, bir takım yorum ve tesbit zorlukları ve tereddütler ortaya çıkıyor.

Yüksek Mahkeme'nin «içtihadı»nın algılanması ve buradan Hukuk üretilmesi bakımından, profesyonel bir düşünceyle dile getirdiğim bu noktadan sonra, içeriğe dönük karar incelemelerine geçebiliriz.

1 — «Genel İdare Esasları» Konusu

Anayasa Mahkemesi, hangi hizmetleri görenlerin memur veya diğer kamu görevlisi sayılacağını araştırırken, konuya, hizmetin kategorisinin belirlenmesinden başlıyor. Ve, 128/1'in «metnine» sadık kalarak, şu hususların altını çiziyor (18) :

Kamu hizmetleri nitelik yönünden ayrılık taşır. Devletin, KİT'lerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin **hepsinin**, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin bulunduğu **varsayılmıştır**. Sadece genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler **kamu hizmeti** kabul edilmiştir.

Ayrıca, «önemi ve değeri nedeniyle Devletin **başlıca görevleri** içindeki hizmetler, **genel idare** esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir»; SSYB'nin «sağlık işletmeleri» buna örnektir (19).

Yüksek Mahkeme'ye göre, «**kadro tahsisi** genel idare hizmetlerinin **karakteristiktir**. Genel idare hizmetlerinin **yapısal ve işlemsel özellikleri**, onu öbür hizmetlerden ayırır»; genel idare esaslarına göre hizmetin yürütülmesi, güvenceli personel eliyle hizmet ve kamu hizmetinin **sürekliliği** ilkelerinin parçasıdır, gereğidir (20).

(18) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8 (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 51).

(19) İd: 52; Kaldı ki bu işletmeler, bugünkü hastahanelerden farklı olarak, kazanma (kâr) gibi faktörlerin söz konusu olduğu, meccaniliğin terk edildiği bir «management» olgusuna göre işletilecektir.

(20) İd: 53.

Diğer taraftan, genel idare esaslarının tanımı veya öğeleri, Anayasa'nın 123, 125, 126, 128 ve 5'inci maddelerinde, «esaslar» sözcüğünde aranmalıdır (21).

Anayasa Mahkemesi'nin kararında yer verilen bu satırlar, genel idare esaslarını, özel idare esaslarından; birine göre kurulmuş hizmetli diğerinden ayırmağa elverişli ve yeterli ölçütleri vermekten uzaktır. Çünkü, Duran'ın yazdığı gibi, «genel idare esasları» sadece devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden 'genel idare' anlamında olmayıp, özel kesimde kullanılan kural ve usuller karşısında da, 'kamusal yönetim biçimi'ni deyimlemekte ve dolayısıyla **tüm kamu kesimini kapsayan** bir idare yöntemini anlatmaktadır.» (22)

Nitekim, Mahkeme'nin, genel idare esasları kavramını açıklamak amacıyla dayanak yaptığı 123 - 128'inci maddelerle 5. madde; «İdare Cihazı»nı, yani bütün kamu tüzel kişilerini, özel idare esasları uyarınca yürüttükleri hizmetleriyle birlikte ifade eden hükümlerdir.

Kadro tahsisi olayı da, genel idare esaslarına tabi hizmetlere «özgü» bir karakteristik değildir. Mevzuattan biliyoruz ki, sözleşmeli personel, müstahdemler, hatta işçiler için dahi kadrolar tesbit edilmektedir. Konumuz bakımından daha ilginç, özel idare usullerinin ege-men olduğu KİT'lerinde ve daha özele benzer yapıdaki TPAO, Denizcilik Bankası gibi anonim şirket statülü ve hizmetli çalıştıran teşebbüslerde bile, kadro - personel ilişkisi, üstelik Bakanlık veya Bakanlar Kurulu onaylı biçimde sürmektedir.

Bir nokta da, hangi hizmetlerin Devletin, 128 metnine göre KİT'lerinin ve **diğer herhangi bir kamu tüzel kişisinin «başlıca görevleri içinde»** yer alıp almadığı hususudur.

Anayasa'nın 5. maddesine, daha sonra sosyal ve ekonomik haklar listesinde, yer veren; 127. maddede güçlü yerel yönetim anlayışını vurgulayan; 168. maddede madenler başta olmak üzere doğal kaynak ve servetlerin aranması ve **işletilmesi** hakkını **Devlete** ait kabul eden, madde 169'da, Devlet'e kendi ormanlarını **işletme** görevi yükleyen; 47. maddede, kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve kamu yararını da zorunlu kıldığı için, özel teşebbüslerin devletleştirilerek bir kamu tüzel kişisi şeklinde İdare Cihazı'na ithalini öngören bir Anayasa ile, hangi görevlerin «başlıca», hangilerinin ikincil, üçüncül olduğunu, söylemek

(21) id: 51-52.

(22) Duran : n. 9, 2.

ve böyle bir ayırımı, başka bir kavramın ölçütü olacak kesinlikte yapabilmek çok zordur.

İşaret etmek istediğimiz noktayı, Yüksek Mahkeme'nin Eximbank kararıyla daha da netleştirelim.

Eximbank, Devlet'e, Anayasa'nın 167. maddesinde açık hükümlerle verilecek kadar önemli ve % 100 kamusal nitelikte bir görevin gerçekleştirilme aracıdır. Bu konudaki kararda (23) da, şu saptamalar göze çarpmaktadır :

3332 sayılı Kanun Eximbank'a, «kamusal fonksiyonlu» görev vermiştir; «Banka esas mukavelenamesi Bakanlar Kurulu'nca hazırlanacaktır»; «Bankanın sahip olduğu kamu tüzel kişiliğinin doğal bir gereği ... Bankanın faaliyetlerinin her şeyden önce Bakanlar Kurulu'nca belirlenecek esaslar çerçevesinde yürütülecektir»; zaten resmî adı Türkiye İhracat Kredi Bankası olan bu kuruluşun, sermayesinin tümü Devlet tarafından taahhüt edilen, hattâ başkalarına geçirilme halinde bile en az % 51'i, yani «yönetimi» kesinlikle Devlette kalan; Devlet Bütçesinden, resmî fonlarla bankalardan Bakanlar Kurulu'nun koyduğu esaslar dairesinde imkânlar tahsis edilen (24) bu Banka, **T.C. Devleti'nin** başlıca görevlerinden birini yerine getirmiyor mu?

Kaldı ki, Yüksek Mahkeme, Eximbank'ı, özel idare esaslarına göre yürütülen bir hizmetin örgütü olarak değerlendirirken, fokusu şu noktada yoğunlaştırmıştır; «Bilindiği gibi, kamu bankaları, toplu bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi yoğun rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir... Bu nedenle, banka personelinin hizmetini genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden saymaya imkân yoktur.» (25).

Anayasa Mahkemesi'nin bu ölçütünün içeriğine dokunmadan, bir noktaya dikkatleri çekmek istiyorum. Kamu bankaları —ki kamusal işlev yerine getiriyorlar— arasında yer alan Eximbank, özel idare esaslarına göre faaliyet gösteriyorsa, aynı kural, Ziraat Bankası, Halk Bankası, Sümerbank, Etibank, Emlâk Bankası için de geçerlidir. Bunların hepsi birer KİT, ve KİT'lik de, özel idare esaslarının kendisi olduğuna ve yoğun rekabet tekel dışı tüm ekonomik, ticarî, turistik alanlarda,

(23) AYM., 21.1.1988, E: 11, K: 2, (RG: 29.3.1988 - 19769).

(24) İd: 44, 48, 55.

(25) İd: 48.

hattâ sağlık ve eğitimde bile, bulunduğuna ve bunlar kâr amaçlı özel işletmecilik esaslarını izlediğine göre; iki soruyu yanıtlamak gerekir : İlk soru, o halde 128'deki genel idare esasları çerçevesinde faaliyet gösteren KİT var mıdır? var ise hangisidir? İkinci soru da, dipnotu 9'da gösterdiğimiz üzere, bankalar dahil, bunca KİT'nde çalıştırılan bunca memur nasıl açıklanacaktır? Çünkü, özel idare esaslarına tâbi kuruluşlar, 128. madde hükümleri kapsamı dışındadır (26).

2 — «Diğer Kamu Görevlileri» Kimlerdir?

Yüksek Mahkeme'nin kararlarının bu noktaya ilişkin satırları, bir çizgi oluşturmağa elverişli ve yeterli bulunmakla beraber; bazı yanları da tartışmaya açıktır.

Konuya, Duran'ın bir saptamasıyla girelim : 128'inci maddedeki **aslî ve sürekli olma niteliği «çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullardır.»** (27). O halde, hangi görev aslî ve sürekli dir ve bunun sonucu, kim diğer kamu görevlisidir olayında, dikkatin, kişi yerine önce görevde toplanması gerekir. Başka bir deyişle, aslî - sürekli olmak personelin değil, görevin niteliğidir. Gene Duran'dan alarak belirtelim ki, personelin «geçici olarak çalıştırılması, yaptıkları kolluk görevinin süreklilik niteliğini değiştirip kaldırmaz.» (28).

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kimlerin diğer kamu görevlisi sayılmıyacağını açık - kesin dille ifade etmiş ve nedenini de şöyle açıklamıştır :

Geçici köy korucuları, genel idare esaslarına tâbi kolluk görevi yerine getiriyorlarsa da, yaptıkları iş «sürekli görev niteliğinde de değildir.» (29).

İl Özel İdareleri'nin, kamu tüzel kişileri, görevlerinin kamusal nitelikli olmalarına karşın, **il genel meclisi üyeleri** : hizmetle kaynaşmış, kaybolmuş bulunmayıp, hizmet kadrosuna sürekli girmemiş, birleşmemiş, bağımsız kaldıklarından, genel veya meslekî statülerine tâbidirler : **sadece toplandıklarında** resmî sıfat ve statü kazanırlar ... (Bu onursal ajanlar) kamu hizmetine **geçici ve arızı katıldıkları**, örgüt içinde ve aralarında **hiyerarşî bağı** bulunmadığı; iş ve meslek statüsün-

(26) İbid.

(27) Duran : n. 13, 17

(28) İbid.

(29) AYM., 10.12.1985, E: 5, K: 23, (RG: 21.1.1986 - 18995).

deki yerlerini koruduklarından, kamu hizmetlerinin gerektirdiği **alan-da ve ölçüde uzmanlaşmadıkları** için, memur ya da «kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.» (30).

Serbest meslek ve özel hastahane doktorları, sağlık kamu hizmeti görmekle beraber, memur ve diğer kamu görevlisi değildir. Fakat, **resmî hastahanelerde sözleşmeli personel** olanları diğer kamu görevlisidir (31).

Maden Kanunu'ndaki **yeminli teknik büro** elemanlarını, diğer kamu görevlisi saymayan Anayasa Mahkemesi (32), 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen ve ruhsat yetkisiyle de donatılan **yeminli serbest büro** elemanlarına da diğer kamu görevlileri arasında yer verilemeyeceğine hükmederken (33) bu konuda, aşağıdaki muhakemeyi yapmış ve esasları koymuştur :

Bürolar, esas itibariyle **serbest meslek** icra etmektedir; **merkezi idarenin** gözetim ve denetimi altında, onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir; bunlarla merkezi idare arasında statüer ilişki de yoktur (34).

Yeminli Mali Müşavirler de, bir öncekiler gibi, ücretle çalışan **serbest meslek sahibidirler**; kamu yetkisi kullanırlar, kamu hizmeti yaparlar (35); ve bu kişiler **görev itibariyle** idarenin bütünlüğü içinde yer alırlar ... ve, öte yandan, Devletle bunlar arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir; çünkü kendilerine görev kanunla verilmiş olup, sahip oldukları tasdik yetkisinin mahiyeti nedeniyle **kamu görevlisi saymak gerekir** (36).

Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetlerine ilişkin kararında, diğer kamu görevlisi kavramının **öğelerini**, kısaca ve kalın çizgilerle olsa da şöyle sıralamıştır : Bu idare personeli, memurlar ve işçiler değildir; aslî ve sürekli görevlerde çalışırlar; Yönetim'e kamu hukuku ilişkisiyle bağlıdırlar; ve sonuç olarak da haklarında özel kurallar uygulanır (37).

(30) AYM., 22.6.1988, E: 18, K: 23, (RG: 26.11.1988 - 20001, Sf. 23-24).

(31) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 42, 51).

(32) AYM., 24.12.1986, E: 20, K: 30, (RG: 15.3.1987 - 19401).

(33) AYM., 11.12.1986, E: 11, K: 29, (RG: 18.4.1987 - 19435).

(34) İd: 27.

(35) Öncekiler de imar kolluğu gücünü, ruhsat yetkisi dahil kullanırlar.

(36) AYM., 19.3.1987, E: 5, K: 7, (RG: 12.11.1987 - 19632, Sf. 43-44).

(37) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 52).

Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında sözü edilen ve memurlarla «ve» eki ile bağımlı bulunan «diğer» kamu görevlilerinin kimler olabileceğini, kişisel görüşümüzü, bildirimde önceki sayfalarında açıklamıştık.

Şimdi, Mahkeme'nin ilgili kararlarından yaptığımız aktarmalardan sonra, bazı soruların cevaplarının aranması gerektiği kanısındayız. Üstelik, Yüksek Mahkeme'nin, diğer kamu görevlileri kategorisinin dışında kalan ajanların, statüsünün yasal düzenleme yerine, idarî düzenlemelerle belirleneceğini kabul eden kararı karşısında (38).

Geçici köy korucusu gibi, belediye, il genel meclisi üyeleri, belediye başkanları, muhtarlar, süreli atanan yardımcı doçentler, kısmî zamanlı doçentlerle profesörler, KİT yönetim veya danışma kurulu üyeleri, diğer kamu görevlisi değil ise, nedir? Çünkü, bunlar da sürekli görevli değildir. Fakat bunların görevi sürekli değil ise, sözleşmeli personel nasıl diğer kamu görevlilerinden sayılmaktadır?

İmar Kanunundaki yeminli büro elemanları ile yeminli malî müşavirler arasındaki, aksi sonuç doğuran ve serbest meslek erbabını diğer kamu görevlisi yapan «belirleyici» fark nedir? Üstelik yerel yönetimlerin genel karar organlarının üyeleri diğer kamu görevlisi statüsünü kazanamazken. Önceki paragrafta saydıklarımız da, yeminli mali müşavirler kadar «görev itibarıyla» İdarenin bütünlüğü içinde mütalâa edilemez mi? Bunlarla Devlet arasında kamu hukuku ilişkisi yok mudur ve görevleri kanunla verilmemiş midir?

Bir başka soru da, kamu tüzel kişilerinin **özel idare usulleri** ile yürütülen kamu hizmetlerini yerine getiren aslî ve sürekli personel, diğer kamu görevlisi değilse ve işçi ya da özel hizmetkâr olamayacağına göre nedir?

Yukardan itibaren saydığımız ve kamu hukuku ilişkisi içinde olan, «aslî» görevleri yapan «aslî» personel, diğer kamu görevlisi sayılmaz ve hukukî rejimleri de, yasal düzenlemeye ihtiyaç dahil görmeksizin, başta Bakanlar Kurulu gelmek üzere, idarî düzenlemeyle belirlenir deniyorsa; 128'inci madde, lâfzî aşılammış olan, **kamu personel hukuku** ile bağdaşmayan ve sorunlar yumağı yaratan bir hüküme indirilmiş olur.

(38) AYM., 22.6.1988, E: 18, K: 23, (RG: 26.11.1988 - 20001, Sf. 24); AYM., 11.12.1986, E: 11, K: 29, (RG: 18.4.1987 - 19435, Sf. 27).

3. Mahkeme «Memur»u Tanımlamıştır

128. maddenin gerekçesinde, hernekadar memurun tanımlanmasından kaçınıldığı yazılmış ise de, aslında metnin kendisi, yapılmadı denileni vermektedir. Çünkü, Onar'ın belirttiği gibi, «Memurun tam bir tarifini yapmak çok güçtür... Ancak memur hakkında her memleketin kabul ettiği umumî telâkkiler vardır. Yani muhtelif mevzuattaki memur tariflerinin tahlil ve terkihiyle umumî bir fikir ve müşterek bir tarif çıkartılabilmektedir... Memur mefhumunun umumî ve müşterek sayılan iki esaslı unsuru vardır : 1 - Amme hizmeti; 2 - Daimî bir surette idare kadroları ve hiyerarşisi içinde kaynaşmak.» (39) ... Çünkü, aynı sözcükler, Ön Tasarının 148. ve 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde memurun tanımını teşkil ediyordu.

Anayasa Mahkemesi, bunları birleştirip, özünde, memurun tanımı olan 128'deki ifadeye açıklık getirmiştir. İl Genel Meclisi üyelerinin hukuksal durumunu belirlerken, memurların, görevleri dışında da kamu hizmetleri statüsüne tabi olduklarına, resmî sıfat ve yetkilerini koruduklarına (40) dikkatleri çektikten sonra; iki kararında, memurluğun öğelerini saymıştır ki, bunlar : İdare'nin **daimi ve sabit** kamu hizmetleri **kadrosunda** yer almış ve **bürokratik hiyerarşi** içinde bulunan, Devletten ya da belediyeden **maaş** alan elemanlardır (41).

Kamu hizmetlerinin aslî ve sürekli yürütücüleri, nitelikleri taşıyan profesyonelleri, hizmetle bütünleşip, kaynaşmış, onun onsuz olmaz parçası haline gelmiş bulunan bu **özel ve kural** kamu personeline özgülenmiş görevlerin, hangi ve ne statüdeki sözleşmeli personel ya da diğer kamu görevlisi **eliyle de** yürütülebileceğini yasalara koyarken, Yargı yerlerine hükmederken ve öğretiyeye yazarken, yukardaki memur tanımının verdiği işaretleri sürekli dikkate almak gerekiyor.

4 — «Sözleşmeli Personel» Nedir?

KİT'leri personelinin hukuksal rejimini düzenliyen 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi değiştiren 308 sayılı KHK'nin iptali için açılan dava, Anayasa Mahkemesi'ne, sözleşmeli personel konusunda ve 128. madde hakkında, bundan öncekilerden daha net ve kesin esasları dile getirme fırsatı sağlamıştır. Ancak, iptal kararı, verildiği bilin-

(39) Sıddık Sami Onar : İdare Hukukunun Umumî Esasları, 1074-1075 (Halk Kitabevi, 3. bası, 1966).

(40) AYM., 22.6.1988, E: 18, K: 23, (RG: 26.11.1988 - 20001, Sf. 24).

(41) İd : 25; AYM., 19.3.1987, E: 5, K: 7. (RG: 12.11.1987 - 19632, Sf. 43).

mekle beraber, henüz yayınlanmadığından, bildirimizde, sözleşmeli personele ilişkin bulunan Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu kararı ile yetinecek; buradan yola çıkarak, bazı tahliller geliştireceğiz.

Önce, anılan karardan (42) sözleşmeli personel olayına açıklık getirecek bazı nakiller yapalım :

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu hizmetlerinin **asli ve sürekli** bir görevinde, memur ve işçiden ayrı olan ve **kamu hukuku bağlantısı** bulunan idare ajanları sözleşmeli personeldir; ve böyle bir görevli **«diğer kamu görevlisi»** sayılabilir (43). Bu nedenle, «Anayasanın 128. maddesi **çerçeve ve temel** alınarak, sözleşmeli personel düzenlemesi yasayla yapılmalı» (44); örneğin, sözleşme usul ve esasları yanında, bu personelin «çalıştırılma koşulları, görevden alınması ve çıkarılma nedenleri, atanma hükümleri, görev ve yetkileri, hakları, yükümleri, **ücretli, prim** dağıtım usul ve esasları, **diğer ödemeler** ve personel devri» mutlak yasayla yapılmalıdır (45).

Mahkeme'nin, somut, net ve kesin biçimde koyduğu bu nirengi noktaları ile 308 sayılı KHK hükümlerini birlikte değerlendirince, Yüksek Mahkeme'nin, sözleşmeli personelin hukuksal rejimi konusunda, nelere evet, nelere hayır diyeceğine ilişkin bir takım **ilke sonuçlar** çıkartabiliriz (46).

Özel Hukuk rejimi üzerine bina edilmiş bulunan 308 ve benzeri model, tartışmasız Anayasaya aykırıdır. Sözleşmeli personel Türkiye'de olacak ise, bu kesinlikle bir **«İdare Hukuku Hizmet Sözleşmesi»** olacaktır.

KİT'lerinde, memurları dışlayıp, yapılanmayı, genel müdürden başlatarak, genel idare hizmetlerinin asli-sürekli görevlerini bile, sadece sözleşmeli personele açık tutan 308 modeli, bu yanıyla da Ana-

(42) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908).

(43) İd : 52.

(44) İd : 54.

(45) İd : 53, 54, 56.

(46) Bu tesbitleri, kısa bir süre önce, 25 Şubat / 1 Mart 1989'da ORHİM tarafından düzenlenen, Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Karşısında Sözleşmeli Personel Uygulamasında Yeni Durum ve Yeni Yaklaşımlar başlıklı seminerdeki bildiride dile getirmiştım (Salt **Güran** : Anayasa Mahkemesi Kararının İdare Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi, Sf. 5-6).

yasayla bağdaşmamaktadır (47). Madde 128, anılan görevlerin memurlar «ve» diğer kamu görevlilerince yürütüleceğine izin verirken; **memursuz** bir örgütlenmeyi kasd ve ifade etmiş değildir. Diğer kamu görevlilerini, memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanları olarak görmüştür. Bu yüzden, 308'in örneğini verdiği, memursuz KİT personel rejimi modeli de hukuken olanaksızdır. Bu noktada, 128'in, 61'in 117'sinden ve özellikle Ön Tasarı'dan ayrılarak memurlarla KİT'leri bir araya getiren yazılışını, gözden kaçırmamak gerekir.

Sözleşmeli personelin, madde 128/2'ye giren tüm hususlarda —en uç örnek olarak ücretlerle primler dahil— kararlarla esasların, Bakanlar Kurulu, Yüksek Plânlama Kurulu (YPK) gibi İdare'nin içindeki «siyasî» kimliği ağır basan veya bu yanı hiç olmıyan mercilerin takdir ve tesbitine değil; TBMM'nin **yasama erkine**, düzenlemesine ait bir alan olduğunu, 308'in YPK modelinin ve benzerlerinin sürdürüleceğini, tekrar tekrar vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmenin «**idari**» sözleşme olabileceğini hükme bağlamasının doğal ve Danıştay'la ilgili Anayasa maddesi 155'in yeni metni karşısında da, hukuksal ve pratik bakımdan tutarlı sonucu ve uzantısı olarak bunlardan çıkacak dava ve **uyuşmazlıklar**, **İdari Yargı** yerlerinin görev alanına girecek (48) ve idarî yargılamanın

(47) «Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetlerinin sürekli biçimde sözleşmeli personele değil, ancak statüleri kanunla belirlenmiş güvenceli memur veya kamu görevlileri eliyle görülebileceği yolundaki içtihad ve uygulamalarını, 1982 Anayasası rejiminde de aynen korumakta ve sürdürmektedir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme, sağlık hizmetleri temel kanununa karşı açılan dava...» (Duran: n. 9, 2).

(48) Bu vesileyle, «**idari**» davaların, Yasakoyucu tarafından, **asıl ve tek görevlisi** İdarî Yargı'dan alınıp, Adli Yargı mahkemelerinin görevli kılınıp kılınmayacağı meselesine de kısaca değinmek istiyoruz. Daha önce de ifade ettiğim gibi, Yasama organının, kanun koymak suretiyle kullanılabileceği takdir hakkı ise, o davanın çözümünü Danıştay ya da başka bir idarî yargı merciine bırakmaktan ibarettir. Burada bir an duralım ve Danıştay'ı düzenliyen eski 140. maddenin «**idari**» dava ve uyuşmazlıklardan söz etmesine karşılık, yeni 155. maddenin «**idari**» sözcüğünü atıp, sadece «**davaları görmek**» ile yetinen metninden yola çıkarak, az önce değindiğimiz Anayasa Mahkemesi içtihadının artık dayanaksız kaldığına yönelik varsayımları veya endişeleri destekleyecek hiç bir verinin Anayasa'nın özünde ve sözünde bulunmadığını belirttikten sonra; şu kanıtları ekleyerek, 1976 tarihli aktarma yasağının 1982 Anayasası döneminde de sürdürüldüğünü ekliyelim. Madde 155/2'de, davalardan «**idari**» sıfatını esirgeyen Anayasa, Danıştay'ı idarî uyuşmazlıkların tek mercii yapmış; son paragrafta, Danıştay'ın kuruluşunun, işleyişinin, mensuplarının niteliklerinin «**idari**» yargının özelliği»ne göre düzenlenmesini buyurmuştur. Sözcükler düzeyinde

etkin olanakları devreye katılacaktır. Bu cümleden olmak üzere, Danıştay'ın, 233/308 uygulaması sırasında verdiği kararlarında gördüğümüz gibi, idarî hizmet sözleşmelerinde, fesih ya da yenilememe konusundaki eski ve yerleşmiş içtihadı da devam edecektir.

Sözleşmeli ilişkisinin ücret, prim gibi en öznel ve karşılıklı iradelere —pazarlığa— açık yanlarında bile, nesnel, genel, gayrişahsi, tükenmez kurallarla ölçütlerden oluşan düzenlemelere gidilecektir. Bu suretle, sözleşmeli personelde «sözleşme» olayı, sadece isimden ibaret kalmaktadır. Ortada, kesin bir «statü hukuku» vardır (49).

Sözleşmeli personele ait açıklamaları, personel hukukundan, personel yönetimine kayarak tamamlayalım. Bir taraftan statüter durum, diğer taraftan aslî - sürekli görevlerde çalışma ve ayrıca KİT'leri dahil genel idare esaslarına tabi hizmetleri yerine getirme faktörleri karşısında, memurlar varken, sözleşmeli personelin, varlığını açıklamak ve savunmak, ne pratik, ne hukuksal bakımdan mümkündür. Söz-

devam edince, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne ilişkin 157. maddede, bu idarî yargı yerinin görev alanının idarî davalara inhisar ettirildiği görülmektedir. - Anayasa'nın, idarî yargıyı, alt mahkemelerle birlikte öngördükten ve idarî yargının özelliklerine uygun surette oluşturulması direktifini verdikten sonra, idarî davaların, kanunla adli yargının kapsamına sokulmasına müsaade etmesi, kendisiyle çelişmesi, kurduğu bir yargı düzeninin varlık sebebini ve işlevini reddetmesi demektir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin katıldığıımız ifadesiyle, «adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idarî yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinde doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idarî işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hâkimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır.»* Sonuç, 1982 Anayasası'nın da, metni ve mantığı ile, idarî yargının kapsamının, doğal olarak görev alanına giren konuların, kanunlarla adli yargıya aktarılarak daraltılmasına izin vermediğidir. Bu yasağın temelinde, aktarmanın, idarî yargı sisteminin sağladığı etkin yargısal denetimi ve buna bağlı olan duyarlı Anayasal Dengeyi bozması tehlikesi vardır... Danıştay'ın 117. Kuruluş Yılıni Kutlama Sempozyumu'na (13-14 Mayıs 1985, Ankara) sunulan bildiri, (52, İst. Üniv. Huk. Fak. Mec., 38-39/1987).

(*) AYM., 25.5.1976, E: 1, K: 28, (14 AMKD., 185).

[49] «Sözleşmeli personelin hukukî durumu işe, sadece işe alma ve işten çıkarma bakımından ilgililer ile YPK ve yönetim kurullarının istençlerinin birleşmesi noktasında bağıt niteliği taşımakta; geri kalan bütün konular, KHK, YPK ve yönetim kurullarının tek yanlı işlemleriyle düzenlenmektedir. Aslında, işe alma ve işten çıkarma işlemleri de yetkili kurulların veya makamların tek yanlı ve takdirî saydıkları kararları ile gerçekleştirilmektedir.» [Duran : n. 9, 2].

leşmeli personel, ancak «aslı» fakat «arızî-geçici» mahiyetteki «istisnaî», yani «özgün» nitelikteki görevler için düşünülebilir; tabii, bir de, Eximbank'ın değil ama opera, bale, tiyatronun örnek sayılabileceği, özel idare esaslarına tabi hizmetlerin aslı görevlerinde.

II. 128'inci Maddenin İkinci Fıkrasında Yer Alan Konular

Anayasa Mahkemesi'nin, 1982 Anayasası döneminde, personel hukuku ile ilgili kararlarında, 128. maddenin 2. fıkrası en çok işlenen konu olmuş ve bunlar arasında, kanunla düzenleme de ilk sırayı almıştır.

1 — Kanunla Düzenleme

Bilindiği gibi, kamu personeline «kanunla düzenleme», her dönemde, meslekî güvenliğin vazgeçilmez koşulu olmuştur. Özellikle, Devletin aslı-sürekli görevlerini yürüten ve kamu yönetiminin omurgasını oluşturan memurların hukukî statüsünün kanunla düzenlenmesi ilkesi, 1876'dan itibaren, özel, açık ve kesin Anayasa buyruklarıyla ifade edilen «meslekî bir güvence» mahiyeti taşımıştır. Bu fonksiyonu ile, kanunla düzenleme ilkesi ve olgusu, Türk Personel Rejiminin, liyakat gibi, kariyer gibi, yansızlık gibi temel taşlarından biridir. Cumhuriyet'in ilk iki Anayasasının, memur statüsündeki kamu personeli için getirdiği güvence, 82 Anayasası'nda, 128. maddeyle, organik olarak KİT'leri dahil tüm kamu tüzel kişilerine; personel türü bakımından da, maddede belirlenen ve aslında memurlarca yerine getirilen mahiyetteki görevleri yapan «diğer kamu görevlileri»ne tanınmıştır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, memur statüsü dışında kalan, örneğin, sözleşmeli personelin ve yeminli malî murakıpların hukukî rejiminin, kanunla düzenlemesi gerektiğini, açıkça ifade etmiştir.

Şöyle ki, «Yasada, **sözleşmeli personel** çalıştırılmasına ilişkin esasların bulunması Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir... **Kamu görevlilerine** ilişkin düzenlemeler, ancak bu biçimde (yasayla) yapılabilir... Anayasa'nın 128. maddesi çerçeve ve temel alınarak, sözleşmeli personel düzenlemesi yasayla yapılmadıkça; ...yoksa yasama yetkisinin devri niteliğindedir.» (50) Ayrıca, «**yeminli malî müşavirler** gibi Yeminli Mali Müşavirler Kurulu üyelerinin de 'Kamu görevlisi' niteliğinde olacağı» için Anayasa'nın 128. maddesi karşısında, «kanunla düzenlemesi gereken, **kamu görevlilerinin** nitelikleri, atanma-

(50) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 53-54).

ları, görev ve yetkileri ... ile diğer özlük işleri, 3239 sayılı yasanın ... maddesiyle ... Bakanlar Kurulu'na bırakılmış olduğundan, bu düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına ve 7. maddesine aykırıdır» (51)

Böylece, Anayasa Mahkemesi, madde 128/1'deki kamu görevlisi kavramının kapsamına ithal ettiği kamu görevlilerinin durumunun önce «statüter» olduğunu, sonra da bu statünün ancak «yasa» ile düzenlenip oluşturulabileceğine hükmetmiştir.

Mahkeme, bu temel ilkeyi ve Anayasaya aykırılık nedenini, olaya, aksi yönden bakarak da ortaya koymuştur. İl Genel Meclisi üyeleri, 128/1'deki diğer kamu görevlilerinin dışında kalmakta; bu yüzden de, bunların 128/2 çerçevesine giren ödeneklerinin yasa yerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenebilmektedir (52). Aynı şekilde, 3332 sayılı yasayı denetlerken, Türkiye İhracat Kredi Bankası (Eximbank) görevlilerinin, 128/1'e girmediklerine çoğunlukça karar verildikten sonra, «dolayısıyla, adı geçen Banka personelinin ... 128/2 işlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek ilkeler çerçevesinde düzenlenmesinde, Anayasa'nın 128. maddesine herhangi bir aykırılık yoktur.» (53) sonucuna varmıştır.

Bu esnada, bir an için durmak ve şu soruyu sormak ihtiyacı belirliyor. Anayasa Mahkemesi'nin 128/1 dışında bıraktığı kamu görevlilerinin, örneğin İl Genel Meclisi, Belediye Meclisi, Belediye Başkanı, özel idare usullerine tabi, aslî-geçici nitelikli kamu personelinin hukukî statüsünün oluşturması, **tamamen İdare'nin yetkisine** bırakılacak bir husus mudur? Yoksa, hiç değilse, hizmet için «aslî ağırlıkta» görev yerine getirenler için, temel bir yasayla düzenleme gerekmez mi? Bu konuda, Eximbank kararında, çoğunluktan ayrılan Turan'ın «Bankada çalışan personel, memur ve diğer kamu görevlileri kapsamına girer. Girmedeği varsayılsa bile, Anayasa'nın 48 - 55 ve 60 - 62. maddeleri gibi, bir çok hükümleri gereği, işçiler için de yasal kurallar çıkartılmıştır. Bu kuralları dışlayarak Bakanlar Kuruluna her türlü personel hakkında mutlak yetki tanınması Anayasaya aykırıdır» görüşündeki yaklaşımı (54) Türk Kamu Personel rejiminin hukuksal felsefesine daha uygun buluyorum. Ayrıca, bu konuda, Anayasa'nın, siyasal haklar arasında yer verdiği, hatta kanun hükmünde kararname ile düzenlemek-

(51) AYM., 19.3.1987, E: 5, K: 7, (RG: 12.11.1987 - 19632, Sf. 44).

(52) AYM., 22.6.1988, E: 18, K: 23, (RG: 26.11.1988 - 20001, Sf. 24).

(53) AYM., 21.1.1988, E: 11, K: 2, (RG: 29.3.1988 - 19769, Sf. 48).

(54) İd: 60.

ten dahi yasakladığı; madde 70'deki kamu hizmetine girme hakkı ile 66 ve 76. maddelerde, işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinden söz edildiği; daha önemlisi, 123. madde, İdarenin esası olarak nitelenen İdarenin bütünlüğü ilkesi ve «kanunla düzenlenme» buyruğu, dikkate alınırca, 128/1 dışında kalan personelin hukuksal rejimlerinin, TBMM'ni dışlayarak **doğrudan doğruya** idarî düzenlemelere bırakmak tezi, tartışmaya açık bir görüş izlenimi vermektedir.

Yüksek Mahkeme, bu dönem kamu personeli kararlarında, kanunla düzenleme ilkesinin, alt boyutu olan idarî düzenleme sorununa da eğilmiş ve İdare'nin bu yetkisinin koşullarını belirleyerek, bir ölçüt de vermiştir.

Üst kademe yöneticileri hakkındaki kararında yazıp, İl Özel İdareleri Kanunu kararında yinelediği gibi, kanunla düzenleme / yasama yetkisinin devri denetimde esas alınması gereken noktalar şunlardır : TBMM, belli konularda gerekli kuralları koyarak çerçeveyi çizecek; eğer uygun ve zorunlu görürse onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak; İdare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanarak; yasaya aykırı olmayan kuralları koymak suretiyle; yasanın uygulanmasını sağlayacaktır (55).

Bu noktadan hareketle, Anayasa Mahkemesi, örneğin, üst kademe yöneticilerinin eğitim usul ve esaslarıyla süresi, kimlerin katılacağı, programlar gibi konuların Başbakanlık yönetmeliği ile düzenlenmesini öngören yasa maddelerini, Anayasaya aykırı sayarken; İl Özel İdaresi Kanunu madde 100'deki İçişleri Bakanının, kaymakamın ödeneğini belirleme yetkisini, şu gerekçeyle iptale mahkûm bulmamıştır : İçişleri Bakanlığı'nın yetkisi, ödeneğin doğrudan doğruya tesbiti olmayıp, kaynağını yasadan alan takdir yetkisinin kullanılmasıdır. Yasa, bu ödenekle ilgili **öğeleri** belirlediğine ve üst sınırı çizdiğine göre, 128/2 buyruğu yerine getirilmiştir (56).

Bu konuda, Yüksek Mahkemenin aktardığımız ölçütlerini paylaşıyoruz. Bununla beraber, uygulaması hakkında bir değerlendirmeye git-

(55) AYM., 18.6.1985, E: 3, K: 8. (RG: 18.10.1985 - 18902) ve AYM., 22.6.1988, E: 18, K: 23, (RG: 26.11.1988 - 20001, Sf. 22).

(56) İbid: Kültür, Tabiat ve Tarihî Varlıkların Korunması Hakkındaki Kanunu denetleyen Mahkeme, yönetmelikle düzenleme konusunda, Anayasaya aykırılık görmezken, idarenin keyfî takdirlerini önleyecek bazı ölçütlerin yasadaki varlığını ve içeriğe yönelik tanımların yapıldığını ve kategorilerin belirlendiğini, yönetmeliğin uygulamayı sağlamak üzere öngörüldüğünü saptamış (Sf. 11); hemen 12-13. sayfalarda da Anayasa 7'nin ihlâlinin örneğini vermiştir. AYM., 28.6.1988, E: 21, K: 25, (RG: 8.1.1989 - 20043).

meden şu noktanın altını çizmek istiyoruz ki, 128/2 kanunla düzenleme/devir yasağının aşılması olayının çizgisini bulmak fevkalâde güç ve çetin bir hususdur. Önemli olan cihet, bu ince sınırı arar ve saptarken, kanunla düzenlemenin çok değerli, çok yönlü ve çok temel bir «personel güvencesi» olduğunu unutmamak; ve her bir incelemeyi, ağırlığı bu noktada yoğunlaştırarak yapan yaklaşımı özenle sürdürmektir.

2 — Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenleme

Bildirinin bu sayfalarında, yukardaki konuyu, mevcut bir kararın çağrıştırdığı bir kaç noktaya inhisar ettirerek ele alacağız.

3268 sayılı, memurlar ve diğer kamu görevlileri —yargıçlar, savcılar, üniversite öğretim üyeleri, subaylarla astsubaylar dahil— hakkındaki Yetki Kanununun tartışıldığı kararda (57), Türk Personel Hukuku bakımından, son derecede **önemli ve duyarlı** konular işlenmiştir.

Bunlardan birincisi, Anayasanın, KHK ile düzenlenilmesini yasakladığı alanda yürütmenin tasarruf edebilmesi için verilen yetkinin geçerli sayılması için Mahkeme'nin dayandığı gerekçedir. Anayasa Mahkemesi, «Yetki Kanununda, KHK konusu yapılabilecek hususun, Anayasa'nın hizmete girme hükmüne (md. 70) ilişkin bulunduğu kuşkusuzdur»; Ancak, ne var ki, «Bakanlar Kuruluna verilen düzenleme yetkisi, ... (memurların) idarî, malî ve sosyal haklarda iyileştirmeler yapmakla sınırlandırılmıştır. Yasa ile belirlenen **bu amaç** gözönünde tutulduğunda ... (Yetki Kanununun) Türk vatandaşlarının Devlet memurluğuna alınmaları ile ilgili bir alanda **yeni olanaklar yaratmak üzere** değişiklik ve düzenleme yapılmasını kapsamadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.» (58).

Yetki Kanununun, yasak alana girdiğini tescil ettikten sonra, Mahkeme'nin, bu ihlâlin amaç ve niyetine itibar etmek suretiyle, aykırılıktan kurtaran yaklaşımını paylaşamamaktayız. Ayrıca, iyileştirmek amacına yönelik hareketin bir parçası da, «yeni olanaklar yaratmak» değil midir? O halde, hem iyileştirme cihetine gitmek, yani mevcuda bir şeyler katmak veya yenileştirmek, güçlendirmek, geliştirmek amacı geçerli olacak; hem de yeni olanaklar yaratıcı değişikliklerle düzenlemeleri içeren Yetki Kanunu veya KHK geçerli sayılmıyacak. Bu izah tarzı da, katılmadığımız bir diğer noktadır.

(57) AYM., 6.1.1987, E: 15, K: 1, (RG: 4.10.1987 - 19594).

(58) İd: 10-11.

İkinci konu, kararın, memurların şikâyet ve dava hakkına ilişkin satırlarıdır. Mahkeme'nin, bu hakkın Anayasa'nın 36. maddesine, yasağın ise 74. maddesine girdiği kuşkusuzdur. Bununla beraber, Yüksek Mahkeme'nin, bir yöntem ve yaklaşım olarak tutarlılık göstermesi; yani, 91. madde yasağını, yasanın amacına —iyileştirme— ağırlık vermek suretiyle aşmak, bertaraf etmek şeklindeki tavrını, 36 ile 74. maddeleri, memur bakımından taşıdıkları «ortak» işlevde ve güvenlik-güvence «payda»sında köprüliyerek göstermesi uygun olurdu.

Üçüncü konu, Yargı alanının KHK ile düzenlenmesidir. Anayasa Mahkemesi, Yetki Kanununun Hükûmete, siyasî iktidara, KHK yoluyla yargıçların ve savcılarının mesleki statülerini, buradan doğrudan yansımayla Yargı'yı düzenlemeğe mezun kılarken, olaya gayet metinci ve vasîde indirgeyen şekilde bakmaktadır. Çünkü, «mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik ve savcılık teminatı açısından getirilen esaslarla hâkim ve savcılara tanınan hakların neler olduğu, Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddelerinde ... belirtilmiştir. Bunların ... KHK'lerle düzenlenmeyeceği, Anayasa'nın 91. maddesinde açıklanan haklarla hiç bir ilgisi bulunmamaktadır.» (59).

Maalesef, Yüksek Mahkeme'nin, bu gerekçesine katılamıyoruz. Bildirimizin girişinde vurguladığımız gibi, bu Mahkeme'nin görevi, Anayasa'nın maddelerine ve sistemine anlam vermek; Anayasayı, Türk Kamu Hukukunun ve Türkiye'deki Anayasal evrim sürecinin akışı içinde ve doğrultusunda işletmektir. Bunun için, satır aralarına girmek, metinlerin üstüne çıkmak, özü egemen kılmaktır. Bu açıdan bakınca, görülecektir ki, Anayasa, Yürütmeyi, Yargı'dan uzak tutmuştur. Yargı önce Yürütmenin karşısında bağımsız ve güvenceli olsun istemiştir. Unutmayalım ki, Yargı, bırakalım 1961 Anayasasını, 1924 Anayasası'nda bile, TBMM, Millet'in yegâne ve hakiki mümessilidir denirken; vazifeî teşriyye, vazifeî icraiyye mukabil, Yargı'ya kuvvei kazaiye denmiş ve hakkı kaza, Millet adına, müstakil mahkemelere verilmiştir. Hiç kimsenin, makam ve merciin, mahkemelere genelge bile gönderemeyeceği; yargıç ve savcılarının 128/2 konularının, mahkemelere genelge bile gönderemeyeceği; yargıç ve savcılarının 128/2 konularının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre düzenleneceğinin buyurulduğu, «idari» görevlerine ve işlemlerine rağmen, organik yönüyle Yargı'nın içinde yer verilen ve çoğunluğu yargıçlardan oluşan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun öngörül-

(59) İd : 13; «Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de, dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli sayılmaz.» (İd : 14).

düğü 82 Anayasası'nda, yargıçların meslekî statüsünün KHK ile düzenlenmesi, Yürütme'nin Yargı'ya ve bağımsızlığına müdahalesidir.

Bu ise kuvvetler ayrılığı ilkesine, Devlet'in temel yapısına ve özüne öylesine aykırı ve yabancı bir olaydır ki, 91. madde yasakları arasında sayılmasına gerek bile yoktur. Kaldı ki, 91. maddede açık ifadeyle KHK ile düzenlemenin kapsamı dışına çıkartılan alan, kişilerin temel siyasal haklarıdır. Yani, amaç, burada kişileri yasa ile düzenleme güvencesi vasıtasıyla, Yürütme'ye karşı korumaktır. Yoksa, Devlet sisteminin özüne ilişkin bulunan doğal ve kesin bir engeli, KHK yoluyla kaldırmak suretiyle, aslen mümkün olmayan bir hukuksal durumu, mümkünce çevirmek değildir.

Kararın ele aldığı son nokta, Yetki Kanununda, KHK'nin kapsamının belirlenmesinde, topyekün yetki devri anlamına neyin gelip neyin gelmeyeceğini açıklayan satırlardır. İlgili temel yasaları saydıktan sonra kimi yasaların, mevzuatın karmaşıklığı nedeniyle gözden kaçmış olmasından kaynaklanan sorunu aşmak için, «diğer kanun ve kanun hükmünde kararnemelerin Devlet memurları ile diğer kamu görevlilerinin idarî, malî ve sosyal hakları ile ilgili hükümleri» şeklindeki «genel» belirlemenin, madde 91'e aykırı topyekün yetki devri sayılmıyacağı (60) görüşünü, bu çerçeve ile paylaşıyoruz.

3 — Fıkranın İçerliği

128. maddenin, kanunla düzenlenmesi buyuruşan hususların neler olduğu, doğrudan ilgili sözcüklerle ifade edildikten başka, «diğer özlük işleri» şeklindeki torba bir terime de yer verilmiştir. Bu yazım biçiminden kaynaklanan problemlerden biri, diğer özlük işlerinin içeriği; ötekisi, açıkça yazılı sözcüklerin klasik ve lâfzî anlamlarının ötesinde ne ifade ettiği; sonuncusu da, 128/2'dekiler dışında kalan, fakat personel hukuku gereği yasayla düzenlenmesi gereken hususların durumudur. Örneğin, disiplin suçları, cezaları ve prosedürü, kadro ihdası - ilgası ve dağıtımı, 128/2'de yazılmadığı için ne yapılacaktır? Bu soruyu sormamızın sebebi de, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında beliren bakış açısı ve yapılan ayırımlardır.

Yüksek Mahkeme, 61 Anayasası döneminde verdiği üç önemli kararında (61) aylık ödenek, diğer istihkaklar, yolluk gibi malî haklara

(60) İd : 15.

(61) AYM., 12.7.1965, E: 19, K: 2, (3 AMKD., 175); AYM., 12.2.1972, E: 4, K: 11, (10 AMKD., 240); AYM., 1.7.1980, E: 28, K: 45, (RG: 3.10.1980 - 17124).

ilişkin farklı sözcüklerin ne anlama geldiğini ve yansımalarını açıklamış idi. Ancak, bu kararlar, kanunun bir boyutunu aydınlatmakla kalmışlar, eski 117'deki aynı sözcüklerden özellikle diğer özlük işlerine bir içerik vermiş değillerdi. Bu defaki kararlardaki bazı ipuçlarından yararlanarak eski kararlara ilişkin bir incelememizi (62) bir kaç adım daha, ileriye götürelim.

Birincisi, Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetleri ile ilgili kararında, 128. maddenin 2. fıkrasındaki «nitelik» sözcüğünü, 128/3'ü devreye sokarak ve olayla sınırlı bakmak suretiyle yorumlamış ve, «burada geçen nitelik'de, göreve alınmada aranan niteliktir.» (63) demiştir. Mahkeme'nin, memurların ve diğer kamu görevlilerinin, kanunla belirlenmesini zorunlu gördüğü niteliklerinin, sadece girişte aranacaklar şeklindeki ayırımına ve yorumuna katılmıyoruz. Hattâ, böyle bir okuyuşu, madde 70'in metni için dahi düşünmüyoruz. Çünkü, Anayasa'nın her iki maddesindeki «nitelik kavramı», liyakat ve kariyer ilkeleri üzerine kurulmuş Türk Kamu Personeli Rejiminde, bu iki ilkedен kaynaklanan «meslekî nitelikler» olgusudur ve memurun ya da diğer kamu görevlisinin bütün meslekî yaşamı boyunca taşıması, koruması, geliştirmesi zorunlu olan liyakatidir. Nitekim mesleğin aradığı nitelikler, başlangıçta, girişin, Mahkeme'nin sözcükleriyle, göreve alınmada aranan liyakat'in ifadesi olurken; daha sonraki aşamalarda, meslekte yatay ve dikey ilerlemelerin takdir ve ödüllerin, cezaların, hatta re'sen emekliliğin nitel koşulları olmaktadır. Bu itibarla, 128/1 kapsamına giren personelin niteliğinin kanunla belirlenip düzenlenmesi ilkesi, girişten itibaren, mesleğin son adımına kadar, ayırimsız bir biçimde geçerli olan bir buyruk teşkil etmektedir (64).

128/2'nin içeriğinden söz ederken, ele alacağımız ikinci konu, «diğer özlük işleri»nin içeriğidir. Mahkeme'nin, incelediğimiz dönemde bu çok önemli üç sözcüğe değinen üç kararı vardır. Yorumumuzu yaparken, hem 128/2'nin metninden yararlanacağız; haliyle, hem de bu kararlara dayanacağız.

(62) Salt Gûran : Aylık Yan Ödemeler ve Ek Göstergelerin Hukukî Mahiyeti (1/2 idare Hukuku ve İlimleri Dergisi 55).

(63) AYM., 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 43).

(64) Anayasa Mahkemesi'nin öncelî sayfalarda aktardığımız koşulları çerçevesinde kalmak ve böylece kanunla düzenleme buyruğunu ihlâl etmeyecek şekilde tüzük, yönetmelik ve kararnamele düzenlenebilecek noktaların bulunduğu görüşümüzü,* niteliklerin saptanması konusunda da, aynı düşüncelerle ve sınırlar içinde yineliyoruz.

(*) Gûran : n. 62, 65-66.

Anayasa, metinsel bir ipucu vermektedir. Benzeri diğer mevzuat hükümlerinde olduğu gibi, diğer özlük işleri sözcükleri, bazı hususların açıkça yazılmasından sonra, tamamlayıcı, daha doğrusu, aynı kapsam içinde varsayılabilecek ve anılmıyan «geri kalanları» ifade fonksiyonu verilen bir «torba» hükümdür.

Ayrıca, diğer özlük işleri —hakları değil— 128/2'de sanki, aylık ve ödenekleri tamamlıyormuş gibi anlamaya da ihtimal verebilecek bir yazım terkihi içinde görünüyorsa da; bu konuda Anayasanın diğer maddelerinin gözden geçirilmesi yararlıdır. Yargıç ve savcılarla ilgili 139. maddedeki özlük hakları, burada, malî haklar anlamı verebilecek gibiyse de; madde 140/3, 156/son ile 157/sondaki ve 160/3'deki diğer özlük işleri sözcükleri, önlerindeki yani tamamladıkları kurumlarla birlikte mütalâa edilince, malî hakları aşan bir şeyleri kastettikleri görülür. Bu bağlamda, «diğer özlük işleri», malî haklar da dahil olmak üzere, memurların ve diğer kamu görevlilerinin, 128. maddenin 2. fıkrasında, nitelikleri diye başlayan ve metinde yer almıyan, disiplini, meslek içi eğitimi, yer ve görev değiştirmeyi, sicili, emekliliği ve «meslekî ilişkilerinden doğan» diğer işleri, daha doğrusu işlemleri içermektedir.

Diğer taraftan, maddenin metnindeki yazımın ötesinde, personel hukukunun güvence hükmü olan 128/2'ye, bu özelliğinden bakınca, varılması gereken sonuç da, bir öncekinden farklı olmayacaktır. Yani, diğer özlük işleri, memurların ve diğer kamu görevlilerinin «niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlerinin, aylık ve ödeneklerinin ve bütün bunları tamamlıyan diğer meslekî konuları»nın kanunla düzenlenmesi anlamını taşıyacaktır.

Bu açıklamadan sonra, Mahkeme'nin üç kararına geçelim.

Kararlardan birinde, Anayasa Mahkemesi, yorumumuzu destekleyen bir okuyuşla şunları yazmıştır; «Üst kademe yöneticilik eğitimi programına katılma koşulları... memurların özlük işleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bu bakımdan eğitime katılma koşullarının tümüyle kanunla belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmaması gerekirdi.» (65). Diğer kararda, memur doktorlar bakımından meslekî eğitimin, kendileri için de yararlı bir meslek gereği olduğu kanısını taşıyan Anayasa Mahkemesi, bu görevlilerin, bu yükümlülük nedeniyle,

(65) AYM., 18.6.1985. E: 3, K: 8, (RG: 18.10.1985 - 18902).

disiplin cezası ile meslekten men edilince «özlük haklarından» yoksun bırakılmaları durumunun ortaya çıkacağını ifade ediyor (66).

Üçüncü kararda, geçici görev tazminatının harcırah olduğu, bu niteliği itibariyle, 128. maddede sözü edilen aylık ve ödenek gibi özlük haklarıyla ilgisi bulunmadığını (67) söylerken; Mahkeme, diğer özlük işlerini, aylık ve ödenek benzerlerine inhisar ettirerek daraltmış değildir diyebiliriz.

Aksi halde, Anayasa Mahkemesi, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, görevli kişilerin, görev nedeniyle, katlanacakları zorunlu giderleri karşılamak üzere ödenen para olarak takdim ettiği harcırahı, gezici görev tazminatını ya da benzeri ödemeler arasında yer alan yer değiştirme giderini, kurs yevmiesini, bölge farkını (68) 128//2'deki aylık ve ödeneklerden ayırık tutuyor demektir ki; kanımızca, böyle bir ayırımı benimsetecek «öze ilişkin» bir fark yoktur. Çünkü, bunlar da, memur ve diğer kamu görevlilerinin meslekî —hatta görevsel— ilişkileri çerçevesindeki «istihkakları»dır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, yemimli malî müşavirlerle ilgili 3239 sayılı yasayı denetlediği kararında, Maliye ve Gümrük Bakanlığı personeline görevleri nedeniyle ve daha verimli çalışmalarını sağlamak amacıyla yapılacak «ek ödemeleri» kanunla düzenlenmesi gereken mahiyette sayıyordu (69).

Şahsen, memurun bir aylık mesalsi olarak sunduğu profesyonel işgücünün, görevinin, meslekî niteliklerinin özelliklerinin karşılığı aldığı aylık, ek gösterge, tazminat, ek ödeme, gösterge üstü, bütün bunlarla yolluk, yevmiye ve benzerleri arasında bir «mahiyet» farkı görmüyoruz. Bunların hepsi, ilgililerine, yaptıkları «işin karşılığı ve gereği» olduğu için, statü hukuku kuralları uyarınca ödenen «değişik işlevli» özlük haklarıdır. Varlık sebepleri farklı olmakla beraber, mahiyetleri aynıdır. Bu yüzden, 128/2'nin içeriğine dahildirler.

(66) AYM. 19.4.1988, E: 16, K: 8, (RG: 23.8.1988 - 19908, Sf. 45); Nitekim, **disiplin yetkisi**, «Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarda belirlenen koşullarda kullanılır... Yönetim, yasal belirleme ve dayanak olmadan, herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendisi bu konuda kural koyamaz.» (Sf. 44-45).

(67) AYM., 28.9.1988, E: 12, K: 32, (RG: 11.12.1988 - 20016, Sf. 23).

(68) İd: 24-25.

(69) AYM., 19.3.1987, E: 5, K: 7, (RG: 12.11.1987 - 19632, Sf. 48); Mahkeme, bu satırları şöyle tamamlıyordu: «Söz konusu madde bu yetkinin Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na bırakılmış olması Anayasaya (128/2) aykırılık oluşturmaktadır.» (İbid).

128/2 çerçevesinde değineceğimiz son konu, kadroların kanunla ihdası - ilgası olayıdır. Atanmanın ön adanı olan kadro, aynı zamanda diğer özlük işlerinin de kapsamı içinde düşünülebilir. Hatta, memurların ilerlemesi veya yükselmesi, görev ve yer değiştirmesi (70) hep kadroya bağlı olduğundan, 128/2'de açık sözcükle ifade edilmemesine karşın, «kadro»nun, 128/2'nin memurların ve diğer kamu görevlilerinden sonraki görünmeyen ilk sözcüğü olduğu kuşkusuzdur. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi'nin, 128/2'yi anarak «Anayasanın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilk olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir» (71) şeklindeki görüşüne katılıyoruz. Ancak, kanunla düzenleme zorunluluğunu, «kadro-bütçe» arasındaki sıkı bağlantı (72) ile değil; kadronun, 128/2'nin içeriğine giren temel bir personel unsuru ve İdare'nin kuruluşunun yapı taşı olması olguları ile açıklıyoruz.

Yüksek Mahkeme'nin, yerinden yönetim kuruluşlarının personel kadrolarının kanunla düzenlenmemesi görüşünü de paylaşmakla beraber; «bütçelerinin kanun konusu olmaması»na bağlayan gerekçesi yerine, bu hususun, yerinden yönetim ilkesinin gereği olduğu şeklindeki bir zemine oturtmayı yeğliyoruz. Ayrıca, bu vesileyle, kadro konusunda, 128/2 buyruğunun, bu idareler bakımından, ancak ve mutlaka, kadroların ihdası, ilgası, aktarılması, belirlenmesi gibi, kadro işlemlerinin, temel esaslarının ve idarî vesayet ilişkisinin kanunla düzenlenmesi, uygulama işlemlerinin ise kendilerine bırakılması olarak anlaşılması gerektiğini ifade ediyoruz.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası döneminde personel hukukuna bakışını inceleyen ve kişisel görüşlerimize de yer veren bildiriyi tamamlarken, baştaki gözlemlerle önerilere dönerek, aynı şeyleri tekrarlamak istiyorum. Amacım, uzun süredir ciddi bunalım ve tahribat içinde bulunan Türk Kamu Personelinin, bütün olumsuzluklardan, en kısa zamanda bile, değil, «derhal, şimdi» kurtarılması zorunluluğunu vurgulamaktadır. Bunalım ve tahribat, malî, ekonomik, yönetsel, siyasal alandan, metastasa uğramış bünye gibi hukuk alanına da sıçramıştır. Bu sempozyumun, pozitif yönelik adım teşkil etmesi dileğiyle noktalıyorum.

(70) AYM., 28.6.1988, E: 21, K: 25, (RG: 8.1.1989 - 20043, Sf. 17).

(71) Ibid.

(72) Ibid.