

**ANAYASANIN 128. ve 129. MADDELERİ YÖNÜNDEN  
KAMU GÖREVLİLERİ, BAKANLARIN DURUMU**

**Prof. Dr. Sait GÜRAN\***

Sayın Başkan, sayın dinleyiciler;

Başlıktaki konuyu işlemeden önce, biri bu oturumun konuşmacısı ile yorumcusuna, diğeri konunun özelliğine, sonuncusu da tüm Anayasaların kaderine ilişkin üç ayrı noktaya değinmek istiyorum.

Sunduğum bildiri, Sayın Duran çapındaki ve titizliğindeki bir Kamu Hukukçusu tarafından yorumlanacak. Sayın Duran'ın yorumlayacağını bilerek bildiri hazırlamanın zorluğu ile kendisi tarafından yorumlanmanın şerefine ilâveten, Sayın Duran, hepsinden önemlisi yirmibeş yıldır Hocam ve rahle-i tedrisinde feyz alıyorum, çıraklık ve kalfalık yapıyorum. Bu itibarla, yaşı, başım, bilgi birikimim ne olursa olsun, Hocam ve Ustamız Duran'ın yorumcusu bulunduğu bir bildirinin sahibi olmanın güçlüğü ile mutluluğunu, burada dile getirerek sözlerime başlamakta kıvanç duyuyorum.

İkinci nokta konunun özelliği olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yüksek Seçim Kurulu'nun yakın tarihli ve vardıkları somut sonuçları farklı iki kararı ile YHGK kararındaki çoğunluk ve azınlık görüşleri arasındaki temel ayrılıktan kaynaklanıyor. Bakan, kamu görevlisi midir sorusu, ayrıca, zamanında, kamuoyunun da gündemine girmiş, tartışılmış. Bu yönüyle bildiri «sıcak» bir konuya değiniyor; bir çok meseleyle bağlantılı olan «temel - kritik» bir konuyu işliyor. Hemen belirteyim ki, «Bakan, diğer kamu görevlileri arasında yer alır mı?» meselesini ele alırken, bu kararları bilerek, fakat bunlardan yola çıkmanın getireceği hareket sınırlaması yerine, daha geniş ve kapsamlı bir noktadan girip bakmayı, çözümler ve somut cevaplar aramayı daha isabetli bir yöntem sayıyorum.

(\*) I.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

Anayasaların kaderine ilişkin şekilde tanımladığım üçüncü ve son nokta ile, Sempozyuma katılanların bilgisine ve dikkatine, «Anayasaların, hukuka bağlı Devletin önemsendiği her ülkede, her zaman, her çevrede, her düzeyde, üzerinde en çok konuşulan, en çok yazılan, sürekli tartışılan metinler olduğu olgusu»nu sunmak istiyorum. Örneğin, bir kaç yıl sonra ikiyüz yaşını dolduracak olan ABD Federal Anayasası, hakkında onbinlerce kitap, yüzbinlerce makale yazılan, binlerce mahkeme kararıyla işlenen, fikirlerin çarpışma alanı olan, beyazıyla zencisiyle, yoksulluyla, varlıklıklısıyla, küçük esnafı tüketicisi ve dev kartelleriyle, aşırı ırkçısıyla, komünist partisi üyesiyle, kadınıyla, erkeğiyle, yurtdaşı yabancısıyla, suçlusuyla, din adamıyla, tutucusuyla ilericisiyle, yediden yetmişe «herkes» tarafından; barışta, savaşta, dünya ekonomik bunalımı veya refah günlerinde «her zaman»; Parlamento'da, basında, Yönetim'de, Yargı'da, akademik çalışmalarda, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, baskı ve menfaat grubu faaliyetlerinde, kısaca, yeri geldiğinde «her yerde»; Cumhurbaşkanı'nın suçlanmasından, reklamların ifade hürriyetinin kapsamına girip girmediğini, kürtajdan kamulaştırmaya, özel hayatın gizliliğinden, okullarda sabah duasına, müstehcenlikten vergi salmaya kadar «her konuda»... tartışılan, üzerinde konuşulan metin olmuştur. Çok yönlü bu irdeleme olayı, 1787 doğumlu Federal Anayasayı, zedelememiş, yıpratmamış, kendi deyişiyle «Ülke'nin en yüksek yasasına saygınlığı azaltmamış, aksine, sürekli biçimde işlenmesini sağlamış, yenilemiş, aynı kelimelerin yıllar sonra, yeni koşullar karşısında, belli bir süreçten geçerek ve yeni anlamlar alarak ve işlerliğinden bir şey kaybetmeden yaşamasını sağlamıştır.

Bu itibarla 1982 Anayasasının, bu sempozyumla görüşmeye açılması; bunun Anayasayı yorumlayarak, «Yasama, Yürütme ve Yargı organları ile İdare'yi ve herkesi bağlayan» Ülkenin en üstün hukuk kuralının anlamını belirlemek bakımından «son sözü söyleme» yetkisiyle donatılmış bulunan Anayasa Mahkemesi tarafından başlatılması ve Anayasa Mahkemesi'nde yapılması, Türk Anayasa Hukuku ve Anayasal gelişme süreci açısından, isabetli ve son derecede önemli bir adım teşkil etmektedir.

## TERMINOLOJİ SORUNU

«Kamu görevlileri» teriminin, anlam ve kapsamını, Anayasanın 128. ve 129'ncü maddeleri yönünden araştırır ve bu çerçevede içinde bakanların durumunu belirlerken, önce 1982 Anayasasının birlikte getirdiği ve inceleyeceğimiz konu bakımından ayrıca önem taşıyan bir sorunu ortaya koymak gerekiyor. Bu da «terminoloji sorunu» olarak tanımladığımız husustu ve Anayasada, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, belirsizlik ve kapalılıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, lüzumunda fevkalâde somut - öznel olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşır karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılmasıdır. Tabii ki, her hukukî metinde olduğu gibi, Anayasalarda da, titizlikle seçilen, isabetle yerleştirilen sözcüklerin de farklı yorumları, değişik okuyuşları yapılmaktaysa da, burada kasdettiğimiz ve sorun saydığımız, bundan tamamen ayrı bir olaydır. Bu nedenle, bildiriye, işleyeceğimiz konunun özünü de etkileyen terminoloji alanındaki durumu sergileyerek bunun akla getirdiği sorularla başlıyoruz.

Birinci grupta, Anayasanın 33, 121, 137 ve 71'nci maddelerini topluyoruz. Anayasanın, dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33'ncü maddesinde —fıkra 7— kullandığı ve olağanüstü hallere ilişkin 121'nci maddesinde tekrarladığı «*kamu hizmeti görevlileri*» ne demektir, bu ifadenin tanımı nedir; kimleri kapsamaktadır?

Bu defa, Anayasa, aynı bölümün bir diğer maddesinde (md. 39), değişik bir ifadeye yer vermektedir. Bu maddedeki «*kamu görev ve hizmetinde bulunanlar*» kimlerdir; bir önceki kamu hizmeti görevlilerinden ayrıldığı ve birleştiği noktalar nelerdir; kamu hizmeti başka, kamu görevi başka şey midir; başka iseler fark hangi noktalardadır? Yoksa kast edilen, Türk Ceza Kanunu'nun 279'ncü maddesindeki amme hizmeti/amme görevi ayrımı mıdır; o zaman, Ay. 33'deki kamu hizmeti görevlileri kimlerdir?

Kanunsuz emire ilişkin 137'nci maddenin süjesi olan «*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse*» kimdir; kamu kesimi personelini en geniş kapsamlı biçimde açıklayan bir önceki ifade biçiminden farkı var mıdır? varsa nelerdir? Yetmişinci ve mal bildirimini emreden 71'nci maddedeki «*kamu hizmeti*» nedir, «*kamu hizmetine girenler*» kimlerdir?

Maddeye ikinci cümlelerin konmasından hareketle varılacak sonuç, milletvekilleriyle Başbakan ve Bakanların, kamu hizmeti gören kimseler sayılmayacağıdır. O zaman «Yargı» işi kamu hizmeti ve yargıçlarla savcılar, kamu hizmeti yapanlar mıdır? Cevap «evet» olunca sorun bitmemekte; «hayır» deyince de, «mal bildiriminden müstesnalar mı?» şeklinde devam etmektedir.

İkinci grupta, madde 128, 129, 68 ve 76 yer alıyor. Bunlardaki «memurlar ve diğer kamu görevlileri» ile birinci gruptaki kamu hizmeti görevlileri veya kamu hizmet ve görevinde bulunanlar arasında herhangi bir fark mı vardır? Madde 128'in başlığı «kamu hizmeti görevlileri» olduğuna göre, kamu hizmeti görevlisi, kamu görevlisi değil midir?

Madde 128 ve 129 ile 68 ve 76 ikililerini karşılaştırınca da şu sorunun sorulması gerekmektedir: Madde 128 ve 129'daki «diğer kamu görevlileri» kavramı, herhalde kapsamına, kamu kurum ve kuruluşlarında (1) çalışan işçileri de almaktadır ki, 68 ve 76'da «işçi niteliği taşıyanlar» öteki kamu görevlilerinden, ancak açıkça belirtme yoluyla istisna edilmektedir. Öte yandan işçiler dışında topyekûn ve mutlak bir yasak getiren bu iki madde, memurlar ve diğer kamu görevlileri dedikten sonra, hâkimlerle savcılar, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarını ayrıca anmanın, yasak hükmünün ve diğer kamu görevlileri teriminin kapsamını belirlemek bakımından bir anlamı ve gereği mi vardır?

### KONUNUN İŞLENMESİ

Terminolojideki bu durumu ve incelemeyi zorlaştıran etkisini belirttikten sonra, bildiri konusunun işlenmesine ve sonunda, 128 ve 129'ncu maddeler «yönünden» kamu görevlileri deyiminin kapsamının belirlenmesine yani yumağın çözülmesine bazı sorular sorarak devam edelim :

- 
- (1) Bu vesileyle, bir başka terminolojik olay da, kamu kurum ve kuruluşları ibaresidir. Bu sözcüklerin anlamını belirlemeğe çalışırken, 135'nci maddenin 2'nci fıkrasına, ayrıca, «kamu iktisadi teşebbüsleri» de eklenince, her üçünün anlamı da karışmağa başlamaktadır. KİT'leri, kamu kurum ve kuruluşu değilse, nedir? Bunlar birbirinden nasıl ayrılmaktadır?

Anayasanın, 71'nci maddesinin ikinci cümlesi olmasaydı, örneğin Başbakanla Bakanlar, mal bildiriminin dışında mı kalacaklardı?

Kamu hizmeti kavramı, madde 71/2'de, Başbakanla Bakanları dışladığına göre, 39'ncü maddedeki ispat hakkında, bu kişiler, kamu görev ve hizmetinde bulunanlardan sayılmayıp, sonuçta, sanığa ispat hakkı tanınmayacak mı?

Madde 68 ve 76, işçileri de «diğer kamu görevlileri» arasında kabul ettiğinden; kural olarak memurların çalıştırılacağı «asli ve sürekli görevler», 128'nci maddesinin birinci cümlesinin açık ifadesi nedeniyle, diğer kamu görevlisi olan «işçi»ler eliyle de görülebilecek midir?

Anayasanın 112'nci maddesi ile, «kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de» siyasi sorumluluk yükletilen Bakanlar, diğer kamu görevlilerinden sayılmayıp, madde 129/5 kapsamı dışında mı kalacak, astı durumdaki müsteşarın işleminin yol açtığı tazminat davası ise Bakanlık aleyhine mi açılacak?

Bilindiği gibi, «Bakan, *tek başına*, kendi görev alanında Devlet tüzel kişiliğinin organıdır. Bu sıfatla Bakanlığın *yegâne* yetkili ve sorumlusudur... Bakanlığın bütün işlemlerini bakanın bizzat yapması mümkün olmadığından, bazı konulara ilişkin yetkilerini, *sorumluluk kendi üzerinde kalmak üzere*, emrinde çalışan yüksek memurlara kullandırması zorunluğu vardır. Ancak, bakan, yetki devri ve imza yetkisi verme yolu ile görev yükünü hafifletebilirse de; bu suretle yetkinin tümünü memurlara bırakamaz (2). Ayrıca, «Bakan, kendi görev alanında ve personeli üzerinde en yüksek ve en son hiyerarşik amirdir. Bakanın hiyerarşik yetkileri... Devletin taşra teşkilâtındaki kendi işleri ve memurları üzerinde de geçerlidir.» (3).

Bakanın taşradaki astları vali ve kaymakamla, kanunların doğrudan doğruya yetkili kıldığı haller dışında, «bakan yetki vermedikçe, doğrudan doğruya hiç bir işlem yapamaz» (4), durumdaki müsteşar, 128 ve 129'ncü maddelerdeki memur ve diğer kamu görevlisi olduğundan, haliyle idareleri dâva edilirken; tüm kamu gücünün asıl verildiği, Devletin organı Bakan ise, di-

(2) Lütfi DURAN: İdare Hukuku Ders Notları, 87, (TÜHF. Yayını, 1982).

(3) İD, 88.

(4) İD, 90.

ğer kamu görevlisi sayılmadığı takdirde, yargı yerlerine doğrudan doğruya şahsına karşı başvurulacaktır.

Ve, daha ilginç, yukardaki açıklamaların sonucu olarak, Bakanlık memurlarına karşı harekete geçildiğinde, idare ajanının kişisel sorumluluğuna da yol açan nitelikteki görev kusuru ile İdare'nin hizmet kusurunun iştirak ve içtima etmesi şeklinde bir «idari dâva»nın ortaya çıkmasına mukabil; aynı olay, memurla Bakanın yer değiştirmesi halinde, derhal bir «haksız fiil» dâvasına mı dönüşecektir?

129'ncu maddenin son fıkrasının da dikkatle okunması gerekir. Burada takibi izne bağlı tutulmak istenen suçlar, sadece görev suçları mıdır, yoksa her tür suç mu? Ayrıca, diğer kamu görevlileri arasında, Devletin ve kamu iktisadî teşebbüsleriyle, diğer tüzel kişilerin özel idare esasları uyarınca yürüttükleri hizmetlerde çalışan kamu görevlileri de girmekte midir?

### YORUM YÖNTEMİ VE BELİRLEMELER

Şu ana kadar yazdıklarımızın işaret ettiği gibi, bildiri konusu üzerinde çalışırken, Anayasanın dili, bizi, metinci yorum yerine, kesinlikle «fonksiyonel - amaçsal» yorum yöntemini izlemeğe; sözcüklere, Kamu Hukuku sistemimizin ve müesseselerinin ışık tuttuğu «işler «manâlar» vermeğe yöneltmektedir. Ayrıca, bu nedenle, aynı kelime ve kavramları bile, farklı içerikli maddelerde, değişik anlam ve kapsam içinde okumak gerekebilecektir.

Konuya bu şekilde yaklaşınca (5), aşağıdaki belirlemelerin yapılabileceğini düşünüyoruz :

Birincisi, Bakanların, önceki sayfalarda açıkladığımız «idari» kimliğinin yanında, «siyasi kişi» olma niteliğini de taşıdığıdır. Bakanların diğer kamu görevlileri arasında yer alıp almadığını tartışırken, bu ikili durumu gözden uzak tutmamak gerekir. Bu itibarla, madde 68 ve 76'daki diğer kamu görevlilerini tanımlarken, maddelerin amacından ve işlevinden yola çıkarak ve «eşyanın tabiatına» uygun surette düşünerek, Bakanların bu kategoriye girmediklerini ifade ediyoruz. Daha açık bir deyişle Bakanlar, kuşkusuz idari yetkiler kullanan, kamu hizmetinin zirvesindeki en üst düzey kamu görevlisidir. Fakat, 68 ve 76'daki yasak açısından bakınca, kendilerini kamu görevli-

leri arasında kabule, bu maddeler bakımından ön plana çıkan siyasi kişi olma kimliği ve bu kimliğin doğası engel teşkil etmektedir. O halde, Bakanlar, 68 ve 76'ncı maddelerin uygulanması bakımından, kamu görevlisi değildir.

İkincisi, 129/5 açısından mütalâa ederken, Bakanların, bu hükme ilişkin yanlarının dikkate alınacağıdır. Bakanların, »İdari« kimlikleri ve kendi hizmet teşkilâtının asıl yetkisi olmaları nedeniyle, herhalde, astları memurları ile aynı hukuki durumda bulunmaları, bir taraftan önceki sayfalardaki açıklamalarımızın, diğer taraftan, anılan fıkranın amacının, işlevinin buyrudur. Bu itibarla, 129/5'deki diğer kamu görevlileri kavramı, Bakanları da kapsamakta ve Anayasa, anılan tazminat dâvalarının, Bakan yerine, Bakanlık aleyhine açılmasını öngörmektedir (6).

Üçüncüsü, 128'nci maddedeki diğer kamu görevlilerinin, memurlara ilâveten kimlerden oluşacağı hususudur. Herne kadar, madde gerekçesinde, memuru tanımlamaktan kaçınıldığı belirtilmekte ise de, birinci fıkradaki satırlar, zaten memurun kabul görmüş tanımı olmaktadır. Ayrıca, buradaki görevler, hem genel idare, yani «kamusal yönetim» usullerine göre yürütülen, hem de asli ve sürekli nitelikte olduğundan ve tanım gereği öncelikle ve kaideten memurlar tarafından yerine getirildiğinden, «diğer kamu görevlileri» kavramının içeriğinin de bu çerçevede içinde belirlenmesi gerekir. Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile «kamu hukuku» ilişkisi bulunan ve hizmetin «asli elemanı» sayılabilecek bir görevde çalışanlar olabilir.

Dördüncüsü, 129'ncü maddenin tazminat dâvasına ilişkin 5'nci fıkrasındaki diğer kamu görevlilerinden muradın, «yetkilerini kullanırken» ibaresini, «görevlerini yerine getirirken» şeklinde okuduktan ve bu hükmün amacını, zarar gören vatandaşın menfaatini»de korumaktır şeklinde anladıktan sonra —Anayasanın II. Bölümünün (D) başlığındaki ifadeyle— kamu hizmet-

(5) Ve, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 14.9.1983 tarihli, E :1980/4-1714, K: 1983/803 sayılı kararını (Yargıtay Kararları Dergisi, C: 9, Sayı : 11, Sf. 1587 - 1606); Yüksek Seçim Kurulu'nun, 20.10.1983 tarihli, K: 1983/488 sayılı ve 17.10.1983 tarihli, K: 1983/462 (RG. 3.11.1983 - 18210) kararlarını da bilerek...

(6) Tabii, bu halde, Bakana rücu meselesinin de, âmir Bakanın, kusurlu kamu görevlisi olarak kendine rücu nedeniyle, maddede sözü edilen kanunla düzenlenip çözümlenmesi gerekir.

ti görevlilerini oluşturan mükellefler, seçimle gelenler, işçiler dahil tüm kamu personeli olduğu görüşünü savunuyoruz.

Beşinci, 129'ncu maddenin son fıkrası uygulaması bakımından, bu hükmü, gene amaç ve işlevinden hareketle, 128/1'e ait açıklamalarla irtibatlandırıyoruz. Bu suretle, önce madde metnini, 148'nci maddeden yararlanarak, «görevleriyle ilgili suçlardan ötürü» şeklinde düzeltiyor; ardından, izin güvencesinin, ancak, memurlarla 128/1'de tanımladığımız diğer kamu görevlilerini kapsadığını ekliyoruz.

Anayasanın 128 ve 129'ncu maddeleri yönünden kamu görevlileri deyiminin kapsamını ve Bakanların durumunu irdeleyen bildiriye talip olurken ve yazarken, esas düşündüğüm husus, Türk İdare Hukuku'nun bu çetin alanında, kendi yorumumu açıklamaktan ziyade, bu konu üzerinde, hep birlikte yüksek sesle düşünmek ve tartışmak fırsatını yaratmak oldu. Sempozyum bakımından önemli olan cihet, cereyan edecek görüşmeler ve tartışmalarla, kavramların daha da berraklığa kavuşması, hükümlerin yerini bulması olacaktır. Bildiri, tartışmayı dâvet ve teşvik eden içeriği ile, sanırım ilk adımı atmış bulunuyor.

Bana göre tartışmalı ve takdimi de o derecede kuru ve güç olan bu konu hakkındaki açıklamalarım burada sona eriyor. Eğer, bu bildiri —tekrarlıyorum— zihinlerinizde meselenin boyutları, karmaşıklığı ve nüansları hakkında bir takım soru işaretleri yaratabilmiş ve böylece bir tartışmanın içine çekebilmiş ise, sanırım görevini başarmış sayılabilir.

Bu duyarlı ve çetin konuyu Sempozyum programına koyan ve bana görüşlerimi açıklama fırsatını veren Yüksek Mahkeme'ye ve hepinize, sorularınızı ve açıklamalarınızı bekliyerek teşekkürlerimi sunuyorum.