

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Mehmet Rauf KARSLI

Ankara, 2015

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

**Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. Burak ÖZTÜRK**

Mehmet Rauf KARSLI

Ankara, 2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Yrd. Doç. Dr. Kaya Burak ÖZTÜRK

Yrd. Doç. Dr. Gökdemir SİLİER

Yrd. Doç. Dr. Arif Ak ARANGÖR

İmzası

B. Öztürk

G. Silier

A. Arango

Tez Sınavı Tarihi 09/12/2015

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../2015)

Mehmet Rauf KARSLI

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	III
-------------------	-----

GİRİŞ	1
-------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM: KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1.1. TANIM VE KAVRAMSAL İNCELEME	3
--	---

1.1.1. 1982 Anayasası Öncesi	8
------------------------------------	---

1.1.2. 1982 Anayasası Sonrası	17
-------------------------------------	----

1.2. ÖLÇÜTLER	19
---------------------	----

1.2.1. Organ Ölçütü	20
---------------------------	----

1.2.2. Görev Ölçütü	22
---------------------------	----

1.2.2.1. Genel İdare Esasları Kavramı	23
---	----

1.2.2.2. Asli ve Sürekli Görevler	43
---	----

1.2.3. Statünün Esaslı Unsurlarının Kanunla Düzenlenmesi Ölçütü ...	48
---	----

1.2.3.1. Objektif Hukuki Rejim	48
--------------------------------------	----

1.2.3.2. Yasamanın İkelliği ve İdarenin Düzenleme Yetkisi	51
---	----

1.2.3.3. Kanunla Düzenlenmesi Gereken Unsurlar	52
--	----

1.2.3.4. Kanunla Düzenlenmesi Gereken Hususların KHK ile Düzenlenmesi	56
--	----

1.2.3.5. Yasa Koyucunun Dikkate Alması Gereken Anayasal İlkeler	58
---	----

İKİNCİ BÖLÜM: KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ SOMUTLAŞTIRILMASI

2.1. STATÜTER PERSONEL	70
------------------------------	----

2.1.1. Devlet Memurları	70
-------------------------------	----

2.1.2. Subaylar ve Astsubaylar	75
--------------------------------------	----

2.1.3. Hakimler ve Savcılar	76
-----------------------------------	----

2.1.4. Öğretim Elemanları	82
2.2. HUKUKİ DURUMU TARTIŞMALI PERSONEL.....	87
2.2.1. Sözleşmeli Personel.....	87
2.2.1.1. Mali Hakları Dışında DMK'ye Tabi Sözleşmeli Personel	92
2.2.1.2. KİT'lerde İstihdam Edilen Sözleşmeli Personel	98
2.2.1.3. Statüsünün Esaslı Unsurları Düzenleyici İşlemlerle Tespit Edilen Sözleşmeli Personel.....	105
2.2.2. Kapsam Dışı Personel.....	107
SONUÇ	114
KAYNAKÇA	117
ÖZET	124
ABSTRACT	125

KISALTMALAR

AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
DPB	: Devlet Personel Başkanlığı
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
E.	: Esas
İÜHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KKSP	: Kadro karşılığı sözleşmeli personel
KİT	: Kamu iktisadi teşebbüsü
m.	: Madde
PTT	: Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
YPK	: Yüksek Planlama Kurulu

GİRİŞ

Her organizasyon hedeflerini gerçekleştirmek için insan gücüne ihtiyaç duyar. Bu bağlamda, devlet organizasyonu da kendi adına faaliyette bulunacak gerçek kişilere ihtiyaç duymaktadır. Devletin ortaya çıkışından bu yana devlet adına hareket eden bir kesimin bulunduğunu söylemek mümkündür. Kamu adına faaliyette bulunan gerçek kişilere ilişkin işlemlerin hukuki bir zemine oturtulması modern devletin getirdiği bir yeniliktir.

Kamusal faaliyetlere katılan gerçek kişilerin hukuki durumları faaliyete katılma biçimlerine ve yürüttükleri faaliyetin niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Farklı hukuki durumları ifade etmek üzere farklı kavramlar geliştirilmiştir. Kamu görevlisi kavramı da bu kavramlardan biridir. Buna karşın kavram farklı anlam ve kapsamlarda kullanılabilmektedir. Bir kavramın farklı disiplinlerde farklı biçimlerde kullanılması olağan karşılanabilir. Ancak kamu görevlisi kavramının içeriği ve kimleri kapsadığı hususunda idare hukuku doktrininde de tam bir uzlaşma bulunduğunu söylemek güçtür.

Kavramın farklı tanım ve kapsamlarına ilk bölümde yer verilmiştir. Çalışmada idare hukuku açısından kamu görevlilerin bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevliler olduğu kabul edilmiştir. Kamu görevlilerine ilişkin temel ilke ve kurallar Anayasa'nın 128'inci maddesinde gösterilmiştir. Kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70'inci maddede yer verilen kural da tamamlayıcı bir ilke olarak

değerlendirilmiştir. Bu çalışma genel olarak kamu görevlisi kavramının 128'inci madde karşısındaki anlam ve kapsamını belirginleştirmeyi hedeflemektedir.

Kamu görevlisi kavramına anayasal düzeyde ilk kez 1982 Anayasası'nda yer verilmiştir. Çalışmada 1982 Anayasası öncesinde kullanılan kavramlara kısaca değinilmiş ve kamu görevlisi kavramının Anayasa'da yer alma nedenleri araştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararları çalışmanın temel kaynağını oluşturmakla birlikte doktrin, mevzuat ve diğer yargı mercilerinin oluşturduğu içtihattan da faydalanılmıştır.

Birinci bölümde kavramsal incelemeyi takiben 128'inci madde temel alınarak ölçütler geliştirilmiş ve Anayasa Mahkemesinin bu ölçütlere yüklediği anlam araştırılmıştır.

İkinci bölümde ise ilk bölümde geliştirilen ölçütler çerçevesinde bazı personel statülerinin 128'inci madde karşısındaki hukuki durumları irdelenmiştir. Statüye ilişkin mevzuat ve statüye hakim esaslara çalışma konusu çerçevesinde yer verilmiştir.

Sözleşmeli personel ifadesinin memur ve işçi statüsü dışında kalan ve farklı hukuki rejimleri olan istihdam biçimlerini kapsadığı savı benimsenmiştir. Bununla birlikte sözleşmeli personel bu çalışmanın konusu dikkate alınarak oluşturulan ortak alt başlıklar altında incelenmiştir. KİT'lerde görevli sözleşmeli personel ise ayrı bir alt başlıkta ele alınmıştır. Sözleşmeli akademik, askeri personel ve sanatçı istihdamı ise kendi içerisinde pek çok farklı uygulamayı barındırdığından incelemenin kapsamı dışında tutulmuştur.

1.KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

1.1. TANIM VE KAVRAMSAL İNCELEME

Tüzel kişiler, gerçek kişilerden ayrı hukuki bir kişiliğe sahiptir. Buna karşın, her teşebbüsü harekete geçirecek gerçek kişilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bir tüzel kişi olarak Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri adına iradeyi belirleyecek olan ve belirlenen irade çerçevesinde eylemleri gerçekleştirecek olanlar da yine gerçek kişilerdir. Kamusal faaliyetin bir unsurunu da kamu adına bu faaliyetleri gerçekleştirecek olan gerçek şahıslar teşkil etmektedir.¹

Kamu adına işlem tesis eden ve eylem yapan gerçek kişilerin hukuki durumları farklılık gösterebilmektedir. Dolayısıyla, kamuda görevli gerçek kişileri tek bir kategori içerisinde ele almak mümkün değildir. Hukuki durumlarına göre gerçek kişileri tasnif etmek üzere çeşitli kavramlar² ortaya atılmıştır. Bu kavramlardan bazılarının tam olarak kimleri işaret ettiği açıkken, bazı kavramların kimleri kapsadığı tartışma konusu olabilmektedir. Kamu görevlisi kavramının tanımı ve tanımından daha ziyade kimleri kapsadığı hususunda doktrinde bir uzlaşma bulunmadığı gibi, kavram yargı kararlarında ve mevzuatta da farklı kapsamlarda kullanılabilmektedir. Buna karşın

¹ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul, 1966, s.1065.

² Kamusal ajan, kamu personeli, kamu çalışanı, memur, askeri personel, akademik personel, sözleşmeli personel, geçici personel, işçi gibi kavramlar örnek gösterilebilir.

günümüzde birçok idare hukuku kitabında ve çalışmada³ kamu görevlisi kavramı geniş ve dar olmak üzere iki ayrı kapsamda ele alınmaktadır. Benzer biçimde yargı kararlarında da bu ayrıma sıklıkla rastlanmaktadır.⁴

Günday'a göre geniş anlamda kamu görevlisi *"hukuki durumları ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın, kamu kesiminde ve de Devletin bütün organlarında görev yapan herkesi ifade etmektedir."*⁵ Tanım "görev yapan herkes" ifadesine yer vererek kamuyla arasında istihdam bağı bulunanlar yanında kamu adına görev yapan ancak kamu ile istihdam bağı bulunmayanları da kapsamına almaktadır. Diğer bir ifadeyle, geniş anlamda kamu görevlisi sayılmanın tek ölçütü kişinin kamu adına faaliyet yürütmesidir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanından kamuya ait bir fabrikada çalışan işçiye, kışladaki erden Kuvvet Komutanlarına kadar hukuki durumları ve hizmete katılma süre ve biçimleri birbirinden farklı kişiler geniş anlamda kamu görevlisi kavramının kapsamındadır.⁶ Kamu görevlisi kavramının geniş tanımının ceza hukuku açısından önem arz ettiğini söylemek mümkündür.⁷ Buna karşın, tanımda da ifade edildiği üzere hukuki durumları ve yürüttükleri görevlerin nitelikleri birbirinden farklı olan kişileri aynı potada eriten bu geniş yorumun idare hukuku açısından açıklayıcı olduğunu söylemek güçtür.

³ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.579; Tayfun Akgüner, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s.41; **Kamu Görevlileri Elkitabı**, TODAİE Yayın No:308, Ankara, 2002, s.87.

⁴ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.487.

⁵ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.580.

⁶ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.580.

⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun m.6/1-c hükmüne göre ceza kanunlarının uygulanmasında *"kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* anlaşılmaktadır. Bu hükümle belirlenen kapsamın geniş anlamda kamu görevlisi tanımıyla örtüştüğü söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında kavramın ceza hukuku ve idare hukuku açısından farklılıklarına değinerek, ceza hukuku açısından kamu görevlisi sayılmanın idare hukukunda kamu görevlisi sayılmak için yeterli görülemeyeceğini belirtmiştir:⁸

“İl genel meclisi üyelerinin de, görevleri sırasında ve görevlerinden dolayı işledikleri suçları bakımından Türk Ceza Kanunu uygulamasında memur durumunda sayılmaları, ellerinde kamu gücünü ve diğer araçları bulundurmaları nedeniyle ayrı bir korumaya tabi tutulma gereksinimine dayanmaktadır. Ceza hukukuna özgü bu nedenler, onların idare hukuku ilkelerine göre de memur ya da kamu görevlisi olarak kabulüne yeterli değildir.”

Dar anlamda kamu görevlisi ise *“Devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir.”*⁹ Tanımdan yola çıkarak sadece istihdam bağı kamu hukukunun uygulama alanı içerisinde değerlendirilebilecek çalışanların dar anlamda kamu görevlisi kavramının kapsamında olacağı düşünülebilir. Buna göre, geniş anlamda kamu görevlisi kavramı daraltılırken kullanılan kıstas idare ile kamu hukuku esasları çerçevesinde düzenlenmiş bir istihdam bağıının varlığıdır.

Pek çok kaynağın aksine Gözler, Fransız içtihat ve doktrininden de istifade ederek kamu görevlisi (*agent public*) kavramını dört farklı kapsamda ele almayı uygun bulmuştur.¹⁰

⁸ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 – K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

⁹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.580.

¹⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s. 623-625.

Yazara göre;

- i. En geniş anlamda kamu görevlisi (*agent public au sens le plus large*) kamu sektöründe çalışan herkesi kapsamaktadır. Ancak bu denli geniş bir kavramdan hukuk alanında yarar sağlamak mümkün değildir.
- ii. Geniş anlamda kamu görevlisi (*agent public au sens large*) kavramı kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku çerçevesinde görev yapanları kapsamaktadır. Buna göre işçiler kavramın kapsamı dışındayken, bakanlar, milletvekilleri, ihtiyar meclisi üyeleri v.b. kavramın kapsamındadır.
- iii. Dar anlamda kamu görevlisi (*agent public au sens stricte*) kamu tüzel kişilerinde kamu hukuku rejimi çerçevesinde mesleki bir sıfatla ücretli iş yapan personeli ifade etmektedir. Tanımda altı çizilmesi gereken husus ise “mesleki sıfatla (*à titre professionnel*)” iş yapma vurgusudur. Buna göre mesleki sıfatla iş yapmayan kişiler –örneğin başbakan ve bakanlar, milletvekilleri, belediye başkanları- dar anlamda kamu görevlisi değildirler. Çünkü başbakanlık, bakanlık, milletvekilliği gibi makamlar birer meslek değildir ve bu makamları işgal eden kişilerin başka meslekleri de vardır.
- iv. En dar anlamda kamu görevlisi (*agent public au sens le plus stricte*) ise sadece Devlet memurlarını (*fonctionnaires public*) kapsamaktadır.

Doktrinde kavram farklı kapsamlarda ele alınmış olmakla birlikte tanımların ve yaklaşımın genel olarak örtüştüğünü söylemek mümkündür. İdare hukuku açısından kamu görevlisi kavramının geniş anlamda kullanımının pek önem taşımadığı ve idare hukukunun kamu görevlisi kavramının dar kapsamda kullanımıyla ilgilendiği konusunda da yazarlar hemfikirdirler.¹¹

Fransız içtihadında benimsenmiş tanımıyla *“kamu görevlisi, bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir.”*¹²

Buna göre kamu görevlisi idare hukuku usul ve esasları çerçevesinde istihdam edilen personeldir. Kavramın, istihdam rejiminde idare hukukunun uygulama zemini bulduğu bir alanı işaret ettiği de ileri sürülebilir. Tanımdan yola çıkarak kavramın iki esaslı unsuru olduğu söylenebilir:

i. Kamu hizmeti görme: Kamu görevlileri kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlüdür ve hizmetin beşeri unsurunu teşkil etmektedir. Kamu hizmeti görme, kavramın temelinde yer almaktadır. Bu nedenle en geniş anlamda kamu görevlisi kavramı dâhil farklı kapsamlardaki tüm tanımlarda bu unsurun yer aldığı söylenebilir.

ii. Kamu ile kamu hukukuna dayalı istihdam bağı: Kamu hukuku esasları üzerine inşa edilmiş istihdam bağı idare hukuku alanına özgü bir durumdur. Bakan, milletvekili ya da yönetim kurulu üyeliği gibi statüler de kural olarak kamu hukuku alanındadır. Ancak

¹¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.580; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.625.

¹² Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.637.

bu gibi statülerde kamu ile istihdam bağı söz konusu değildir. Bu statülere seçilen ya da atanan kişiler kamu hizmetlerine arızı olarak katılmaktadır. Kamu görevlilerinin ise kamu ile istihdam bağı bulunmaktadır.

1.1.1. 1982 Anayasası Öncesi

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ve bunu takiben Anayasa Mahkemesince verilen kararlar doktrinde kamu görevlisi kavramının yeniden ele alınmasına neden olmuştur. Kamu görevlisi kavramına yer veren ilk Türk anayasası 1982 Anayasası'dır. Önceki anayasalarda da 1982 Anayasası'nın konuyla ilgili hükümlerine benzer hükümler yer almaktadır.¹³ Ancak bu düzenlemelerde kamu görevlisi deyimini kullanılmamış, bunun yerine memur ifadesi tercih edilmiştir. Benzer biçimde, 1982 Anayasası öncesi dönemde doktrinde de ağırlıklı olarak memur kavramı üzerinde durulmuştur.

Duguit'in 1926 yılında Mısır'da verdiği dersler *Kamu Hukuku Dersleri* adı altında kitaplaştırılmış ve bu çalışma Derbil'in çevirisi ile 1954 yılında dilimize kazandırılmıştır.¹⁴ Duguit, kamusal ajanların (*agent public*) memur kamusal ajanlar ve memur olmayan kamusal ajanlar olmak üzere iki büyük kategoriye ayrılması gerektiğini belirtmiş ve memur statüsü üzerinde

¹³ 1876 Kanun-u Esasi (m. 39-41), 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (m. 92-94), 1961 Anayasası (m. 117-119).

¹⁴ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

durmuştur.¹⁵ Derbil, çevirisinde “*agent public*” kavramının Türkçe karşılığı olarak “*kamu görevlisi*” ifadesini değil “*kamusal ajan*” ifadesini tercih etmiştir.¹⁶

Türk idare hukukunun öncüleri arasında kabul edilen Onar, kamu personelinin tasnifi için en az dört terime ve bunları kapsayacak genel bir terime ihtiyaç bulunduğunu belirterek, ajan kelimesini her ne surette olursa olsun kamu hizmeti gören bir kimse anlamında kullanmıştır.¹⁷ Bu yaklaşımın doktrin¹⁸ ve içtihat üzerinde etkileri olduğunu söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bir kararında¹⁹ “*Yine öğretideki belirlemelere göre, devlet örgütüne giren gerçek kişiler, “hükümet ve idare edenler” ile bunların uzmanlaşmış yardımcıları olan “ajanlar” biçiminde iki kategoriye ayrılırlar. Ajan kavramı, memurları olduğu kadar, il genel meclisi üyeleri ile belediye meclisi üyeleri gibi “onursal (fahri) ajanları ”da kapsar. Her memur bir ajandır, ama her ajan bir memur değildir.”* demek suretiyle Onar’ın eserinde yer verdiği tasnifleme ve kavramsal çerçeveye doğrudan atıf yapmıştır.

1982 Anayasası’ndan önceki dönemde “*kamusal ajan*” deyimini geniş anlamda kamu görevlisi kavramını ifade eder biçimde kullanılmış²⁰ ve doktrinde temel inceleme konusunu memur hukuku oluşturmuştur. Zamanla

¹⁵ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.119-128. Benzer bir yaklaşım için bkz. Mustafa Şeref Özkan, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı, No:5, Ankara, 1935, s.84-97.

¹⁶ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.119.

¹⁷ Onar’a göre ajanlar kümesi memurlar, mükellefler, yardımcılar ve fahri ajanlardan oluşmaktadır. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:II**, s.1073.

¹⁸ Bir örnek vermek gerekirse bkz. İsmet Giritli, **Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 5. Bası, İstanbul, 1975, s.273.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 – K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

²⁰ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s.487.

Türkçede *ajan*²¹ kelimesinin daha ziyade *casus* anlamında kullanımının yaygınlaşması ile kavram olumsuz bir çağrışıma yol açar hale gelmiştir.²²

Diğer taraftan memur kavramı da farklı anlamları ve kategorileri ifade eder biçimde geniş ve dar kapsamlarda kullanılmıştır.²³ Memur kavramının tam bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte esaslı unsurları kamu hizmeti ve kadro olarak kabul edilmiştir.²⁴ Memurluğun unsur ve karakterini taşıyan personelin de memur statüsünde kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁵ Buna göre Devlet memurları yanında hakimler, savcılar, subaylar ve öğretim üyeleri de genel memur statüsü içerisinde. Ancak bu mesleklerin ifa ettikleri hizmetin gereği olan durumlar için genel memur statüsü içerisinde farklı statüler oluşturulmuştur.²⁶ Buna karşın, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde akademik personel ile hakim ve savcı statüleri için ayrı kanunlar çıkarılmamıştır. Bu bakımdan hukuki statüleri açısından anılan

²¹ Kubbealtı Misalli Büyük Türkçe Sözlükte ajan kelimesi “1. Bir devlet veya teşkilat hesabına gizli olarak çalışan, bilgi toplayan kimse, casus. 2. Bir kişi, bir kuruluş veya devlet adına iş gören kimse, temsilci.” anlamlarına gelmektedir.

²² Lûtfi Duran, “İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Durumu...” **Personel Rejimi Semineri**, Yalova Termal Otel, 07/02/1967, M.O. Prodüktivite Kurumu Yayını, İstanbul, 1967, s.78.

²³ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:II**, s.1072.

²⁴ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:II**, s.1075.

²⁵ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, İkinci Tabı, , İstanbul, 1960, s.832. (Eserin 1966 yılı baskısında bu görüşe yer verilmemiştir.)

²⁶ Anılan dönemde hakimler, savcılar, subaylar ve öğretim üyeleri yanında bugün 657 sayılı Kanuna göre Devlet memuru statüsünde olan personelden bazılarının statüleri de farklı kanunlarla düzenlenmiştir. 18/05/1929 tarihli ve 1455 sayılı Askeri Memurlar Hakkında Kanun, 10/6/1930 tarihli ve 1700 sayılı Dâhiliye Memurları Kanunu, 14/6/1934 tarihli ve 2512 sayılı Büyük Millet Meclisi Memurlarının Teşkilât ve Vazifeleri Hakkında Kanun, 05/07/1934 tarihli ve 2573 sayılı Devlet Davalarını Takibe Memur Avukatlar Hakkında Kanun, 10/06/1935 tarihli ve 2772 sayılı Posta, Telgraf ve Telefon Memurları Kanunu, 09/06/1935 tarihli ve 3017 sayılı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti Teşkilât ve Memurin Kanunu, 18/12/1940 tarihli ve 3944 sayılı Gümrük Muhafaza ve Muamele Sınıfı Memurları Teşkilâtı Hakkında Kanun örnek gösterilebilir.

personel grupları ile Devlet memurları arasında belirgin bir fark bulunmadığı söylenebilir.²⁷

Lafzi ve tarihsel olarak ele alındığında 1961 Anayasası'nda da memur kavramının Devlet memurundan daha geniş bir kapsamda kullanıldığı görülmektedir. Örneğin 82'nci maddede *“en yüksek Devlet memuru”* ifadesi kullanılmışken *“Memurlarla İlgili Hükümler”* başlığı altında yer alan üç maddede de *“memurlar”* ifadesi tercih edilmiştir.²⁸ Ancak, 1961 Anayasası yer verdiği hakimlik teminatı, yargı bağımsızlığı ve akademik özerklik gibi ilkelerle akademisyenlerin ve hakimlerin genel memur statüsünden ayrışmasını anayasal bir zorunluluk haline getirmiştir.

1961 Anayasası, akademik özerklik ilkesini benimsemiş ancak akademisyenlerin tabi olacağı personel rejiminin belirlenmesini kanun koyucuya bırakmıştır. Yükseköğretim Kurulu benzeri bir yapı kurmamıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hazırlanırken akademik personelin özerk bir hizmet sınıfı olarak bu Kanun'a tabi tutulmaları fikri tartışılmış, ancak üniversitelerden gelen talep üzerine akademisyenler sadece mali hakları bakımından 657 sayılı Kanun'a tabi tutulmuşlardır. Bu durum Kanun'un kapsamını belirleyen 1'inci maddesinin gerekçesine de yansımıştır.²⁹

“Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları gibi Devlet memurlarının bu Kanunun malî hükümlerine tabi olacağını tasrih ederken Üniversite özerkliğinin zedelenmediğini, Anayasamızın 120 nci maddesindeki bilimsel özerkliğe aykırı bir

²⁷ Yener Ünver, Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, **İÜHFM**, Cilt 53, Sayı 1-4, İstanbul, 1988-1990, s.171.

²⁸ 118 inci maddenin gerekçesinde *“kamu hizmeti görevlileri”* ifadesine, 119 uncu maddenin gerekçesinde ise *“işçi niteliği taşımayan kamu hizmetlileri”* ifadesine yer verilmiştir. Buna karşın hükümlerde “memur” kavramı tercih edilmiştir.

²⁹ Millet Meclisi 977 numaralı Komisyon Raporu 7/9/1964, s.6-7.

hüküm getirilmediğine işaret etmek lâzımdır. Nitekim halen de Üniversite öğretim üyeleri ile yardımcıları 788 sayılı "Memurin Kanunu", 1108 sayılı "Maaş Kanunu", 6245 sayılı "Harcırah Kanunu" 5434 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu" hükümlerine tabidirler.

... Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcılarının, malî hükümler dışında, kanuna tabi sayılmamalarında Üniversitelerin bu yolda belirttikleri arzunun da rolü olmuştur. Aslında, Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcılarını da esas itibariyle kanunun kapsamı içine almak, fakat Anayasa'nın 120 nci maddesindeki özerklik ilkesine uygun olarak, hangi hükümlerin Üniversite mensuplarına uygulanmayacağını açıkça belirtmek ve Üniversite öğretim üyeliği ve yardımcılığını ayrı ve özerk bir sınıf şeklinde kanunun genel mekanizması içinde düşünmek de mümkün olabilirdi."

Ancak Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi özerklik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir:³⁰

"... Anayasa'nın 120 nci maddesinin beşinci fıkrasında, Üniversitelerin kuruluşunun kanunla düzenleneceği hükmü konulurken, böyle bir [idari] kayıtlama öngörülmemiş olduğundan ve kanun koyucu bu maddeye göre Üniversitelerin Kuruluş ve işleyişini ve bu meyanda kadrolarını düzenlerken, Anayasa'nın bu maddesinde veya diğer hükümlerinde öngörülenler dışında herhangi bir kayıtlamaya tabi olmayıp Üniversitenin teklifi ve kendi takdir ölçülerine göre karar serbestliğine sahip bulunduğundan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun malî hükümlerinin ve bu meyanda kadrolarla ilgili maddelerinin Üniversite mensupları hakkında uygulaması Anayasa'nın Genel İlkelerine ve 120 nci maddesine, bu bakımdan da aykırı bulunmaktadır."

Anayasa Mahkemesi aynı dönemde verdiği başka bir kararında ise akademik personelin kural olarak memurlar için öngörülen anayasal

³⁰ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/02/1966, E:1965/32– K:1966/3, 08/06/1966 tarihli ve 12317 sayılı RG.

düzenlemelerin kapsamında olduğunu ve kanun koyucunun özerklik ilkesini gözeterek bu personel grubunun özlüğünü düzenlemesi gerektiğini belirtmiştir.³¹

"Anayasa'nın 117. maddesinin son fıkrasında "Memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri Kanunla düzenlenir" ilkesi yer almıştır. Bu hüküm ilke olarak öğretim üyeleri açısından da geçerli olduğunda duraksamaya yer yoktur. O halde yasa koyucu, 120. maddenin üniversiteler için getirdiği özel ilkelerde de bağlı ve sadık kalarak öğretim üyelerinin niteliklerini, atanma esâslarını, ödev ve yetkilerini, haklarını ve yükümlerini, aylık ve ödeneklerini ve öteki özlük işlerini yasa koymak suretiyle saptamalıdır."

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında da akademik personelin memurlara ilişkin genel kuralları gösteren 117'nci maddenin kapsamında olduğu ve akademik özerkliğe uygun biçimde özlüklerinin düzenlenmesi gerektiğini belirtmiş, ancak bu sefer Devlet memurları ile aynı mali haktan faydalanmalarını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.³² Gerekçede belirtilmemiş olmakla birlikte, iptal edilen 657 sayılı Kanun hükümlerinden farklı olarak burada iptali istenen yasal düzenlemede, yürütmeye bağlı idarelerin

³¹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 25/05/1976, E:1976/1– K:1976/28, 16/08/1976 tarihli ve 15679 sayılı RG.

³² *"Anayasa'nın 117. maddesinde yer alan "memurların ... ödenekleri ... kanunla düzenlenir" biçimindeki genel kuralın üniversiteler personeline uygulanması niteliğinde olan bu hükmün, genelde Anayasa'nın 120. maddesi ile düzenlenen üniversite Özerkliğinin, Özelde ise aynı Anayasa maddesinin altıncı fıkrasındaki "... öğrenim ve öğretimin... teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine ve kalkınma plânı ilkelerine göre yürütülmesi esasları kanunla düzenlenir." kuralının doğal gereği olduğu kuşkusuzdur.*

Bu bakımdan, yüksek öğretimi özgürlük ve özerklik içinde ve çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uygun biçimde yürütme işlevini yüklenmiş olan üniversitelerin bütün öğretim üyeleri ve yardımcıları gibi, insan sağlığı bilimleri fakülteleri personeline de 1765 sayılı Yasanın 16. maddesinin birinci fıkrası gereğince ödenek, verilmesinde Anayasa'nın 120. maddesine aykırılık bulunduğu düşünülemez." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/02/1979, E: 1978/59– K:1979/11, 10/06/1979 tarihli ve 16662 sayılı RG).

iradelerini yansıtabilecekleri mekanizmalara yer verilmemiş olmasının da iptal isteminin reddedilmesinde etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, Yüksek Hakimler Kurulu³³ ile Yüksek Savcılar Kurulunun³⁴ oluşturulmasıyla da hakim ve savcıların özlük işleri Adalet Bakanlığından alınarak personel yönetimi de özerkleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de eski bir kararında bu duruma değinmiştir:³⁵

“Bu suretle hâkimler hakkında karar alma yetkisi yürütme organından alınarak Yüksek Hâkimler Kuruluna verilmiştir. Böylece hâkimlik teminatını ve hâkimlerin bağımsızlığı esasını sağlamak durumunda olan Yüksek Hâkimler Kurulunun da görevini tam bir teminat ve bağımsızlık içinde yapacak durumda olduğu şüphesizdir.”

Anayasa Mahkemesi hakimlerin ve subayların memur kavramı karşısındaki durumlarını başka bir kararında irdelenmiş ve memur kavramının hakimleri kapsamakta yetersiz kaldığını vurgulamıştır:³⁶

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sı memurlara Cumhuriyetin Temel Kuruluşu başlıklı üçüncü Kısımın yürütme başlığını taşıyan ikinci bölümünün idare başlıklı kesiminde yer vermiştir. (Madde 117-119). Buna karşılık hâkimler, kendilerine özgü özel hükümlerle birlikte, aynı kısmın Yargı başlıklı üçüncü bölümünde yer almaktadırlar (Madde 132 -134). Bu hükümlerin incelenmesinden anlaşılacağı üzere memurlarla hâkimler arasındaki anayasal ayırım açık ve seçiktir. Onun için "memur" deyiminden durumları Anayasa’nın 117 - 119. maddelerindeki ilkeler uyarınca düzenlenmiş "genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin görevlileri"

³³ 1961 Anayasası m.143-144.

³⁴ 1961 Anayasası m.137.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 15/05/1963, E:1963/169–K:1963/113, 14/08/1963 tarihli ve 11480 sayılı RG.

³⁶ Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/11/1969, E:1968/44–K:1969/68, 22/07/1970 tarihli ve 13556 sayılı RG.

"hâkim" deyiminden ise durumları Anayasa'nın 132 - 134. maddelerindeki ilkeler uyarınca düzenlenmiş "yargı görevlileri" anlaşılmak gerekir.

... Şu durum karşısında yasalardaki memurlara ilişkin hükümlerde hâkimler için açık bir gönderme bulunmadıkça o hükümlerin hâkimlere uygulanması düşünülemez. Bir takım kanunlarda "memur" deyimine "hâkim" lerin girdiğinin veya girmediğinin açıklanmasının gerekli görülmesi de memur kavramının hâkimleri kapsamaktaki yetersizliğini ve yanlış uygulamalardan kaçınma kaygısını gösterir. "

Kararda, Anayasa'yla güvence altına alınan ilkeler çerçevesinde statüsü belirlenen "yargı görevlileri" olarak kabul ederek hakimleri memur saymanın mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Ancak, Kararın dikkat çeken bir diğer noktası ise *"genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin görevlileri"* ifadesine yer vermek suretiyle personel rejimine ilişkin genel ilkelerin tespit edildiği 117-119'uncu maddeler açısından da memur kavramının yetersiz kaldığını vurgulamasıdır. Anayasa Mahkemesi yeni bir kavram önermektedir:

"Genel, salt ve yuvarlak bir tanımlama ile "memur" kavramını "kamu hizmetleri görevlileri" gibi bir deyimle karşılamak ilk bakışta mümkün ve akla yatkın görülebilir. "Hâkim" deyiminin böyle bir kavramın içinde yeri olabileceğinde de kuşku yoktur. Bu genişlikte bir yorum, tabiatıyla subayları da "memur" kavramının kapsamı içinde görmek zorundadır."

Kararda, geniş anlamda memur kavramına karşılık olarak "kamu hizmetleri görevlileri" gibi bir deyim önerilmiş, hakimler ve subaylar da bu kapsamın içerisinde değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi hakimleri, subayları ve akademisyenleri geniş anlamda memur kavramının içerisinde görmekle birlikte, memur kavramının yaygın kullanımının bu personel

gruplarını kapsamakta yetersiz olduğunu ve kargaşaya yol açabileceğini de belirtmiştir.

1961 Anayasası döneminde hakimler ve savcılar anayasal ilke ve özyönetim sağlayan üst kurullar aracılığıyla, akademisyenler ise akademik özerklik ilkesine dayanılarak verilen Anayasa Mahkemesi kararları ile genel memur statüsünden ayrılmıştır.³⁷ Askeri personel ise 1961 Anayasası öncesinde olduğu gibi sonrasında da ayrı personel kanunlarına tabi tutulmaya devam etmiştir.

Özetlemek gerekirse 1982 Anayasası öncesinde;

- i. Hakimlerin, savcıların ve akademik personelin öncelikle yürüttükleri hizmetin gereği olan anayasal ilkeler çerçevesinde istihdam edilmeleri gerektiği, bunun dışında kalan durumlarda ise memurlar için öngörülen genel anayasa hükümlerine tabi oldukları Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya konmuştur.
- ii. Kamu personeli tasniflenirken kullanılan kamu ajanı ve memur kavramları terk edilmeye başlanmıştır. Kamu ajanı kavramının anlamı değişmemiş olmakla beraber getirdiği olumsuz çağrışım nedeniyle daha az tercih edilir hale gelmiştir. Memur kavramı ise yeni anayasa ile gelen ilkeler sonrasında hakimler, savcılar ve akademik personelin Devlet memurlarından hukuken ayrışması zorunluluğu karşısında yetersiz hale gelmiştir. Kamu hizmeti görevlileri v.b. kavramların kullanılması önerilmiştir.

³⁷ Onur Ender Aslan, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.50-51.

1.1.2. 1982 Anayasası Sonrası

Anayasa koyucu memur kavramının yetersiz kalması nedeniyle yeni kavramlara ihtiyaç duymuştur. 1982 Anayasası'nda kamu hizmet ve görevinde bulunanlar (m.39), kamu hizmetine girenler (m.71), kamu hizmeti görevlileri (m.33 ve m.121), kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse (m.137), resmi görevliler (m.40), işçi niteliği taşımayan kamu görevlileri (m.51), kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri (m.76), memurlar ve diğer kamu görevlileri (m.53, m.128 ve m.129) gibi birbirinden farklı ifadelere yer verilmiştir. Ozansoy, Anayasa'da kullanılan bu farklı ifadelerin içerik ve kapsamı konusunda yeterli bilgi verilmediği ve özensiz bir yaklaşım sergilendiği yönünde eleştiriler getirmiştir.³⁸ Güran ise bu durumun maddeleri yorumlayacak kişileri lafzi yorum yöntemi yerine amaçsal yorum yöntemini benimsemeye ve kavramlara "işler manalar" vermeye yönelttiğini belirtmiştir.³⁹ Buna göre, aynı ifade ve kavramların farklı maddelerde değişik kapsam ve anlamlarda ele alınması gerekebilecektir. Başka bir ifadeyle, her hükümde geçen ifade kendi içerisinde ve hükmün amacına göre ele alınmalıdır.

³⁸ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1989, s.315.

³⁹ Sait Güran, Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:1, Ankara, 1984, s.198.

Kamu görevlilerine ilişkin genel ilkeler 128'inci maddede düzenlenmiştir.⁴⁰ Maddenin birinci fıkrası kamu görevlisi kavramını tanımlamamış⁴¹, kamu görevlilerince yürütülmesi gereken görevlere ilişkin ölçütler getirmiştir.⁴² Başka bir deyişle birinci fıkra da yer alan ölçütler personele değil personelin icra edeceği göreve ilişkindir. Bu ölçütler, göreve yönelik olmakla birlikte, kamu personeline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının büyük çoğunluğunda belirleyici rol oynamıştır.⁴³ Birinci fıkra lafzi olarak incelendiğinde bir arada bulunması gereken üç ölçütten söz edilebilir:⁴⁴

- i. *Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinde çalışma,*
- ii. *Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışma,*
- iii. *Asli ve sürekli görevleri görme.*

Maddenin ikinci fıkrası ise idarenin yasallığı ilkesinin kamu personel rejimine yansımış özel bir görünümü niteliğindedir. Kamu görevlilerinin

⁴⁰ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Genel İlkeler" başlıklı 128 inci maddesi şu şekildedir:

"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."

⁴¹ Maddenin gerekçesinde de bu hususa değinilmiştir: "Maddede kamu görevlileri için genel bir düzenleme yoluna gidilmiş, eskiden olduğu gibi, dolaylı biçimde de olsa memur tanımı yoluna gitmekten kaçınılmıştır. Zira, böyle bir tanımın unsurlarını açık ve kesin biçimde Anayasada vermek mümkün görülmemiştir." Güran bu görüşe katılmamaktadır: "Her ne kadar, madde gerekçesinde, memurun tanımlamaktan kaçınıldığı belirtilmekte ise de, birinci fıkradaki satırlar, zaten memurun kabul görmüş tanımı olmaktadır." Sait Güran, **Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri**, s.199.

⁴² Lütfi Duran, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II), **AİD**, TODAİE, Cilt: 19, S.2, Ankara, Haziran 1986, s.7-8, Sait Güran, Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:6, Ankara, 1989, s.44, Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.628-629.

⁴³ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.40.

⁴⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.629.

statülerinin kanun ile düzenlenmesi kuralının hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu da söylenebilir.⁴⁵

Üst kademe yöneticilerin yetiştirilmesi hususunda özel bir kanun çıkarılmasına ilişkin üçüncü fıkranın kamu görevlilerinin genelini değil, kamu görevlileri içerisinde özel bir kesimi ilgilendirdiğini söylemek mümkündür. Üst kademe yöneticilerin yetiştirilmesine ilişkin Kanun Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş⁴⁶ ve sonrasında da konuya ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.⁴⁷

1.2. ÖLÇÜTLER

Anayasa’da kamu görevlileri tanımlanmamış olmakla birlikte yargı ve doktrinde kimlerin “diğer kamu görevlileri” ifadesinin kapsamında olduğu sıklıkla tartışma konusu olmuş, kamu görevlisi kavramı yeniden ele alınmıştır.

Kamu görevlilerinin kamu görevlisi olmayanlardan ayrılması ve kamu görevlileri kümesi içerisinde kimlerin Anayasa’nın 128’inci maddesinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin tespit edilebilmesi için birtakım ölçütlere ihtiyaç duyulmaktadır. Tanımdan ve 128’inci maddeden yola çıkarak üç esaslı ölçüt olduğu söylemek mümkündür:

⁴⁵ Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.51.

⁴⁶ 3077 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM’ne iade edilmiş, ikinci defa görüşmede de aynen kabul edilerek 10 Ocak 1985 tarih ve 3149 Sayılı Kanun olarak yayımlanmıştır. Cumhurbaşkanı Kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi Kanunun eğitime ve eğitime katılacaklara ilişkin bazı hususların yönetmelikle düzenlenmesini öngören 3’üncü ve 4’üncü maddelerini Anayasanın 7’inci ve 128’inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiş, bu iptaller sonrasında geriye kalan hükümlerin de uygulama kabiliyetinin kalmadığına hükmetmiştir. (K.G. 18/06/1985, E:1985/3 – K:1985/8, 18/10/1985 tarihli ve 18902 sayılı RG).

⁴⁷ Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Faruk Günay, Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.62, Ankara, 2006.

- i. Organ ölçütü,
- ii. Görev ölçütü,
- iii. Statünün esaslı unsurlarının kanunla düzenlenmesi ölçütü.

1.2.1. Organ Ölçütü

Devlet tüzel kişiliği Anayasa'da açık ifadesini bulmuş bir kamu tüzel kişiliğidir. Bazı kamu tüzel kişilikleri de doğrudan Anayasal bir düzenlemeyle kurulmuştur.⁴⁸ Kural olarak Devlet tüzel kişiliği dışında kamu tüzel kişiliği kurmak içinse kanuna veya kanunun verdiği açık yetkiye ihtiyaç duyulmaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla, genel olarak bir organizasyonun Devlet tüzel kişiliğinin içerisinde yer alıp almadığını veya kamu tüzel kişiliğini haiz olup olmadığını tespit etme imkânı olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında, yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürosu elemanlarının serbest meslek icra ettiklerini belirterek merkezi idare ile aralarında statüer bir ilişki bulunmadığı gerekçesiyle kamu görevlisi sayılamayacaklarına hükmedilmiştir.⁵⁰ Mahkeme öncelikle büroların üstleneceği görevin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiğine karar vermiş ve bunun üzerine organ ölçütüne göre bir inceleme yapmıştır. Büroların idare içerisinde yer almadığını ortaya koyduktan sonra özel bir teşebbüs çalışanının kamu görevlisi olup olmayacağı irdelenmiştir. İdarenin

⁴⁸ YÖK, TRT, RTÜK, Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu örnek gösterilebilir.

⁴⁹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.123/son.

⁵⁰ "Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, "bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları" ve "işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları" biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara "memur" veya "Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi" sıfatını ve bu bürolara da kamu kuruluşu niteliğini kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 11/12/1986, E:1985/11– K:1986/29, 11/12/1986 tarihli ve 19435 sayılı RG).

bütünlüğü içerisinde yer almayan özel bir teşebbüste kamu görevlisi çalıştırılması mümkün olmadığı için düzenleme iptal edilmiştir.⁵¹

Mahkeme aynı dönemde farklı bir serbest meslek grubu olan yeminli mali müşavirlerin üstleneceği görevin kamu hizmeti niteliğinde⁵² olduğunu belirterek kamu görevlisi sayılmaları gerektiğine karar vermiştir.⁵³ Kararda 128'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan ölçüt ve kavramlar irdelenmemiştir. Konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçelendirilirken 128'inci maddenin ikinci fıkrasından yararlanılmıştır. Dolayısıyla sonuç odaklı bir yaklaşım sergilendiği izlenimi veren bu karardan,

⁵¹ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.183.

⁵² Mahkeme eski tarihli bir kararında yine bir serbest meslek olan avukatlığın kamu hizmeti olduğunu belirtmiş ama farklı bir yaklaşım sergilemiştir: *"Avukatlık Kanunu, avukatlığı kamu hizmeti saymıştır. Fakat serbest avukat, işi seçmek, dilediğini kabul etmek, dilediğini reddetmek hakkına sahiptir. Vekâlet verenle, alan arasındaki ilişkileri özel hukuk kuralları düzenler; buna karşılık Hazine avukatları Maliye Bakanlığı kadrolarına atama tasarrufu ile alınmış memurlardır. Hazine avukatının işveren daire ile olan ilişkisi, kamu hukuku ilişkileri içindedir. Bunların sorumluları serbest avukatlara oranla daha ağır esaslara bağlanmış, ayrıca özlük işleri Devlet memurları gibi düzenlenmiştir. Bu koşullar çerçevesinde, memur avukatla serbest avukatın başka başka hükümlere bağlanmasında eşitliğe aykırı bir nitelik yoktur."* (Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/12/1968, E:1968/10– K:1968/66, 24/12/1969 tarihli ve 13382 sayılı RG). 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 1 inci maddesinde de *"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir."* ifadesine yer verilmiştir.

⁵³ *"...Bakanlıkça lüzum görülmedikçe Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge niteliğine sahip olacaktır. Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi "kamu hizmeti" niteliğindedir.*

Görülen hizmetin, kamu hizmeti niteliği de olduğu belirlendikten sonra, yeminli mali müşavirlerin "memur" veya "kamu görevlisi" şeklinde bir kamu hizmetlisi olup olmadıklarını araştırmak gerekecektir. Yeminli mali müşavirlerin "memur" olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, müşavirlik yaptığı, gerçek ve tüzelkişilerle özel hukuk hükümlerine göre sözleşme yapmış ve ücretle çalışan serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerine, niteliğini yukarıda açıkladığımız tasdik yetkisi verilmiş olması nedeniyle bir kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla yeminli mali müşavirleri sahip oldukları tasdik yetkisi nedeniyle, bir "kamu görevlisi" saymak gerekir.

Özetle, ek 13. maddenin inceleme konusu fıkralarının getirdiği düzenlemenin Anayasa'nın 128., 123. ve 7. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 19/03/1987, E:1986/5– K:1987/7, 12/11/1987 tarihli ve 19632 sayılı RG).

128'inci maddede yer alan ölçüt ve kavramları açıklamak için faydalanılması güç görünmektedir.⁵⁴

Kamu görevlisi istihdamı için öncelikle bir kamu tüzel kişiliğine ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak, bu tüm kamu tüzel kişilerinde kamu görevlisi istihdam edileceği anlamına gelmemektedir.

1.2.2. Görev Ölçütü

Kamu görevlilerince yürütülecek görevlere ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 128'inci maddesinin ilk fıkrasında yer almaktadır. Fıkra öncelikle teşkilat bazında bir kapsam belirleyerek, organik bir ölçüte de yer verilmiştir. Kamu görevlileri eliyle görülecek asli ve sürekli görevler, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerine ilişkindir. Dolayısıyla kamu görevlisi çalıştırma zorunluluğunun kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli olduğu hizmetler içerisinde bir alana işaret ettiğini söylemek mümkündür. Buna göre kamu tüzel kişilerinin kamusal usulle

⁵⁴ Dört üye tarafından kaleme alınan karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "Türk Vergi sisteminde uzun yıllardır eksikliği duyulan ve toplumun bütün kesimlerince kurulması istenen "Yeminli Malî Müşavirlik" kurumu dava konusu Yasa hükmü ile gerçekleştirilmiştir. Yeminli Mali Müşavirlik mesleği, dava konusu maddede açıklandığı gibi; "Gerçek ve tüzel kişilerin muhasebe sistemlerini kurmak, geliştirmek, işletmecilik, finans, mali mevzuat ve bunların uygulamaları ile ilgili işlerini düzenlemek, bu konularda müşavirlik yapmak, mükelleflerin mali tablolarını ve beyannamelerini ilgili mevzuat hükümleri, muhasebe prensipleri ve denetim standartları açısından tasdik" edecek nitelikteki elemanlarca yürütülecek bir meslektir. Yeminli Mali Müşavirlere verilen "tasdik yetkisi" ve bu yetkinin "kamu idaresinin yetkili elemanlarınca" yapılacak tasdik işlemi ile eşdeğer sayılması; yapılan hizmete bir "kamu hizmeti" niteliği kazandırır da, yeminli mali müşavirleri bir "kamu görevlisi" haline getiremez. Aksine Yeminli Mali Müşavirler, bir ticari işletme şeklinde kurulacak ve faaliyet gösterecektir. Hiçbirisi idari hiyerarşi içinde yer almayacak ve kamu görevlisi statüsünde bulunmayacaktır.

Bu nedenle dava konusu düzenlemenin, Anayasa'nın "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler"i belirleyen 128. maddesiyle doğrudan bir ilgisi olmadığı gibi; 7. maddesinde yer alan "yasama yetkisi" nin ihlâli ile de ilgisi yoktur."

yürütmek zorunda olmadığı işler kamu görevlisi olmayan kişilere de gördürülebilir.⁵⁵

Anayasal bir zorunluluk olarak kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kamu görevlileri eliyle yürütmesi gerekmektedir. Bu kurala göre:

i. Birtakım kamu hizmetlerinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiğini ve

ii. Bu nitelikteki kamu hizmetlerinin özünü teşkil eden asli ve sürekli görevlerin ise sadece kamu görevlilerince yerine getirilebileceğini söylemek mümkündür.

1.2.2.1. Genel İdare Esasları Kavramı

Doktrinde genel idare esasları kavramının “*kamusal yönetim biçimini*” ifade ettiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Kavrama mevzuatta ilk kez 1961 Anayasası’nda yer verilmiştir. 1961 Anayasası’nın hazırlık çalışmaları esnasında İstanbul’da oluşturulan Bilim Komisyonunca hazırlanan Ön Tasarı’da ticari, sınai, mali teşebbüslerin “özel idare usulleri” ile yürütülmesi öngörülmüştür.⁵⁷ Ancak, söz konusu tasarı kabul görmemiş ve özel idare esasları Anayasa’da kendisine yer bulamamıştır.

⁵⁵ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.630.

⁵⁶ Gözübüyük-Tan, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.923; Turgut Tan, **İdare Hukuku**, s.490; Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.582; Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.23; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.630; s.23; Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi**, s.121.

⁵⁷ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi’nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.41-42; Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.22.

Anayasa’da memurlara ilişkin düzenlemede yer almasına karşın ilk haliyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda genel idare esasları kavramına yer verilmemiş, memurlar asli ve sürekli görevler üzerinden tanımlanmıştır.⁵⁸ Daha sonra yapılan değişikliklerle⁵⁹ genel idare esasları kavramı memur tanımının bir unsuru haline gelerek tanım mevcut halini almıştır. Aynı zamanda, 1975 yılında 657 sayılı Kanuna eklenen bir madde ile kamu kurum ve kuruluşlarından asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olanlar ile olmayanların Bakanlar Kurulu Kararı ile tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.⁶⁰ Yine bu Kanun maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararını takiben 12 ay içerisinde, belirli kurumların uzman temsilcilerden oluşan komisyonca memur veya işçi statüsünde personel çalıştırılacak görevler tespit edilecektir.⁶¹

Bakanlar Kurulu, söz konusu Kanun hükmüne dayanarak genel idare esaslarına göre bir kamu hizmetini yürütmekle yükümlü bulunan ve

⁵⁸ İlk haliyle 657 sayılı Kanunun 4/A maddesine göre “«Devlet memuru» deyimi, Devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlere devamlı vazife görmek üzere atanan genel veya katma bütçelerden veya bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlardan veyahut kefalet sandıklarından aylık alan kişileri, ifade eder.” (23/07/1965 tarihli ve 12056 sayılı RG).

⁵⁹ 12 sayılı KHK’nın 1’inci maddesi (31/05/1974 tarihli ve 14901 sayılı RG) ve 1897 sayılı Kanunun 1 inci maddesi (26/05/1975 tarihli ve 15247 sayılı RG).

⁶⁰ 1897 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek 16 ıncı maddenin Birinci fıkrası şu şekildedir: “Hangi kurumların Devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları, hangilerinin bu nitelikte bulunmadıkları, bu kanunun yayımı tarihinden itibaren 6 ay içinde Çalışma ve Maliye Bakanlıkları ile Devlet Planlama Teşkilatı temsilcilerinden oluşan komisyonun önerisi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile saptanır.” (26/05/1975 tarihli ve 15247 sayılı RG).

⁶¹ 1897 sayılı Kanunun 5’inci maddesi ile 657 sayılı Kanuna eklenen ek 16’ncı maddenin İkinci fıkrası şu şekildedir: “Her bir kurumda, hangi görevlerde çalışanların, 4 üncü maddede belirlenen esaslara göre, memur veya işçi olduğuna, Bakanlar Kurulu Kararının yayınlanması tarihinden itibaren 12 ay içinde, Çalışma ve Maliye Bakanlıkları ile Devlet Personel Başkanlığının sürekli olarak görev yapmak üzere atayacakları uzman temsilcilerden oluşan komisyonca kesin olarak karar verilir.” (Madde 6111 sayılı Kanunun 117 nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 25/02/2011 tarihli ve 27857 sayılı mükerrer RG).

bulunmayan kamu kurum ve kuruluşları sayma yoluyla tespit etmiştir.⁶² Kararda kamu kurum ve kuruluşlarının tasniflenmesinde hangi kıstasların dikkate alındığı ya da genel idare esaslarından ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir.⁶³ Karardan genel olarak, bazı kamu iktisadi teşebbüsleri, yerel yönetimlere bağlı işletmeler ile diğer kurum ve kuruluşların fabrika, şantiye ve sınai işletmeleri dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre bir hizmeti yürütmekle yükümlü oldukları sonucunun çıktığını söylemek mümkündür. Yine karara göre unvanlara göre işçi-memur ayrımını yapacak komisyonca bu kararda oluşturulan listeler dikkate alınacaktır. Diğer bir ifadeyle, genel idare esaslarına göre bir kamu hizmetini yürüteceği belirtilen kurum ve kuruluşlarda memur istihdam edilmesi gerekirken, diğerlerinde tüm çalışanların işçi statüsünde olması mümkündür.

Uzman komisyonunun işçi-memur ayrımı hakkındaki raporunda genel idare esaslarına göre yürütme ilkesinin *“Anayasa ve içtihatlarla oluşan idare hukukuna göre, kamu yetkisi (otoritesi) kullanılarak hizmet görmeyi”* ifade ettiği belirtilmiştir.⁶⁴ Dolayısıyla genel idare esaslarına göre yürütmekten anlaşılması gereken, tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almaktır.⁶⁵ Buna göre, bir kamu hizmeti yürütülüyorken tek yanlı idari işlemler

⁶² “Kurumlardan Hangilerinin Devlete Verilmiş Asli ve Sürekli Bir Kamu Hizmetini Genel İdare Esaslarına Göre Yürütmekle Yükümlü Olduklarının, Hangilerinin Bu Nitelikte Bulunmadıklarının Tespitine Dair Karar” 26/11/1975 tarihli ve 7/10986 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (28/11/1975 tarihli ve 15426 sayılı RG).

⁶³ Asli ve sürekli kavramı Anayasa’daki kullanımından farklı olarak görevleri değil de kamu hizmetlerini işaret eder biçimde kullanılmıştır. İlgili düzenlemelerde görevlerden bahsedilmemiş kamu hizmeti yürüten kurum ve kuruluşlara vurgu yapılmıştır.

⁶⁴ 1897 Sayılı Kanunun 5’inci Maddesinin 2’nci Fıkrası Hükmü Uyarınca Kurulan Komisyonun İşçi - Memur Ayrımı Hakkındaki Raporu, 28/11/1976 tarihli ve 15777 sayılı mükerrer RG.

⁶⁵ Metin Günday, **İdare Hukuku**, s.582.

tesis ediliyor ve idari kararlar alınıyorsa o kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütüldüğü söylenebilir.

Genel idare esasları deyimi kamu personeline ilişkin bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında da irdelenmiştir. Mahkeme, genel idare esasları kavramını başta idarenin bütünlüğü olmak üzere Anayasa'da yer alan diğer ilkelerle bağdaştırmıştır.⁶⁶

“Anayasa'nın Yürütme Bölümü'nde İdarenin esasları, 'İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği' başlığını taşıyan 123. maddede belirtildikten sonra 125. maddede idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş, idarenin kuruluşu 126. maddede 'Merkezî idare', 127. maddede 'Mahalli idareler' olarak kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen 'yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi ...' hükmündeki 'esaslar' sözcüğü ile 128. maddesindeki 'genel idare esasları' kamu yönetimlerinin görevlerinin dayanaklarıdır. Devletin, Anayasa'nın 5. maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülüklerini yerine getirirken bu esaslara göre yürüttüğü kamu hizmetleriyle iktisadî devlet teşekküllerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin bu tür hizmetleri yapı ve ad değişikliklerinde de sürdürecekleri doğaldır. İdare, Anayasa'nın 123. maddesine göre, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden ya da yerinden yönetim esaslarına göre düzenlenir. İster merkezden yönetim esası, ister yerinden yönetim esası uygulansın hepsi, genelde, 'İdare' çatısı altında toplanır, idarenin bütünlüğünü oluşturur, kamu hizmeti görürler.”

Mahkeme başka bir kararında da Anayasa'nın 123, 125, 126 ve 127 inci maddelerine atıfta bulunarak Anayasa'nın 125'inci maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "...Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve

⁶⁶Anayasa Mahkemesi, K.G. 19/04/1988, E:1987/16– K:1988/8, 23/08/1988 tarihli ve 19908 sayılı RG.

esaslara uygun olarak yerine getirilmesi ..." hükmündeki "esaslar" sözcüğü ile "genel idare esasları" arasında bir bağlantı kurmuştur.⁶⁷ Aynı kararda idarenin bütünlüğü ilkesi gereği yerinden yönetimlerin de merkezi yönetimler gibi genel idare esaslarının kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Kararlardan yola çıkarak genel idare esaslarının Anayasa ve kanunlarla gösterilen usul ve esasları işaret ettiğini söylemek de mümkündür.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin KİT'lere ilişkin bir kararında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini diğerlerinden ayırmak için çeşitli ölçütler getirilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiş ve iki ölçütten söz edilmiştir:⁶⁸

"Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir. Merkezi idare ile statüler bir ilişki, devletin kamu gücünün, emretme yetkisinin kullanılması, genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardan bazıları olarak görülmektedir."

Buna göre, merkezi idare ile statüler bir ilişki ve kamu gücü kullanımı genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri diğerlerinden ayırmakta faydalanılacak iki ölçüttür. Bu, iki ölçüte başka ölçütlerin eklenmesi de olanaklıdır.

Kararı değerlendiren Gözler, merkezi idare ile statüler bir ilişki içerisinde olan personelin zaten kamu görevlisi olacağını belirterek, "merkezi idare ile statüler bir ilişki" ölçütünün genel idare esaslarını açıklamak

⁶⁷ Aynı bağlantıya yer verilen farklı karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 09/02/1993, E:1992/44– K:1993/7, 19/06/1993 tarihli ve 21612 sayılı RG.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

bakımından anlamsız olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁹ Ancak karar bir bütün içinde değerlendirildiğinde yukarıda da değinildiği üzere idarenin bütünlüğü ilkesine bir vurgu yapıldığı gözlenmektedir. Ayrıca, getirilen ölçütlerden genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetlerin belirlenmesinde yararlanılacağı da belirtilmiştir. Dolayısıyla, merkezi idare ile statüer ilişki ölçütünün muhatabının personel değil hizmetin kendisi olduğu söylenebilir. Hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan ve kamu tüzel kişiliğini haiz KİT'lerin istihdam ettiği personel ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki olması da ancak istisnai durumlar için söz konusu olabilir.

Belediye müstahdemlerine ilişkin bir kararda da genel idare esaslarının sadece merkezi idareyi kapsamadığına değinilerek⁷⁰, merkezi idare ile statüer ilişki ölçütü yine görevle ilişkilendirmiştir.⁷¹

"Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri "genel idare esasları"na göre yürütülmektedir. "Genel idare esasları"na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu görevlerin, kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir."

⁶⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.632.

⁷⁰ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.180.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 09/02/1993, E:1992/44– K:1993/7, 19/06/1993 tarihli ve 21612 sayılı RG.

Kararda Anayasa'nın lafzına bağlı kalınarak genel idare esasları yürütülen kamu hizmetlerini, asli ve sürekli olma ise bu hizmetlerin gerektirdiği birtakım görevleri nitelemek için kullanılmıştır. Buna göre asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri içerisinde bir alana tekabül etmektedir. Bu alanın kadroya bağlanması esastır.

Genel İdare Esaslarına Göre Yürütülmesi Gereken Kamu Hizmetleri:

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetlerinin yürütülüş biçimiyle kamu görevlileri arasında bir bağlantı kurarak, genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan hizmetlerin asli ve sürekli görevlerinin özel kişilere grdrlemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.⁷² Bir diğer ifadeyle, kamusal yönetim usullerine göre yürütülmesi gereken görevlerden oluşan alan, idarenin münhasıran yürütmekle yükümlü olduğu bir alandır. Dolayısıyla, idarenin bu alanda yer alan görevlerini piyasa unsurlarından hizmet alımı yoluyla gördürmesi mümkün değildir.

Buna karşın, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken hizmetlerin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin hangileri olduğu ve bu görevlerin nasıl tespit edileceği konusunda bir uzlaşı bulunmamaktadır. Konu, genel olarak sağlık ve kolluk faaliyetlerinin özel kişilere gördürülmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden ele alınmıştır. Anayasa'nın 47'nci maddesine 1999 yılında eklenen dördüncü fıkra sonrasında ise konu farklı boyutlarıyla da tartışılmıştır. Söz konusu düzenleme şu şekildedir:

⁷² Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.183-184; Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin zel Kişilere Gördürülmesi**, s.97.

“Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabileceği veya devredebileceği kanunla belirlenir.”

Ulusoy, özel kişilerin özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmeti yürütmesine imkân veren hükmün, olağan değil istisnai bir yetki olduğu ve böyle bir yetkilendirmenin sadece açık yasal dayanak ile söz konusu olabileceği görüşündedir.⁷³ Yazara göre, düzenleme hangi kamusal faaliyetlerde bu yöntemin kullanılabileceğine ilişkin bir kistas koymamıştır ancak özel hukuk sözleşmelerinin her zaman kamu hizmeti ilkeleriyle bağdaştırılması kolay değildir ve bu yöntemin istisnai ve tali bir yöntem olarak kullanılması daha makul görünmektedir. Ayrıca, tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gördürülmesine yönelik bir düzenleme de Anayasa’nın 47/IV hükmüne aykırı olacaktır.⁷⁴

Karahanoğulları ise, düzenleme ile sadece kamu hizmetini konu alan sözleşmelerin hukuki rejiminde ve dolayısıyla yargı düzeninde değişiklik yapma konusunda yasa koyucuya yetki verildiğini⁷⁵ belirterek düzenlemenin önemli sonuçları olduğunu ileri sürmüştür.⁷⁶ Buna göre, konusu kamu hizmeti olan sözleşmelerden kanunda açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmeyenler idari nitelikte olacaktır. Düzenlemede “yatırımlar” ifadesine de yer verildiği için sözleşmenin konusu yalnızca yapım işi olsa

⁷³ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Ankara, 2004, s.37.

⁷⁴ Ali Ulusoy, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usulleri Kavramları, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.12.

⁷⁵ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.346.

⁷⁶ Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı), **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Cilt:66, S:3, Ankara, 2012, s.201-202.

dahi sözleşmenin açıkça özel hukuk sözleşmesi olarak kanun ile nitelenmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, herhangi bir kıstas içermemekle birlikte düzenlemenin Anayasa'nın diğer hükümleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir.⁷⁷ Kamu görevlilerince yürütülmesi zorunlu olan görevlerde emanet usulü esastır. Dolayısıyla, kamu hizmetinin özel kişilerce görülüş usulüne ilişkin değerlendirmelerde Anayasa'nın 47/IV hükmü yanında 128/I hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁸ Diğer bir ifadeyle, 128/I hükmü kapsamındaki görevlerin özel kişilere gördürülemeyecek çekirdek bir alan oluşturduğu ileri sürülebilir.

Kolluk faaliyetlerinin, hukuken kamu düzeninin sağlanmasını hedefleyen kamu hizmetleri olarak mı, yoksa kamu hizmetinden ayrı bir idari faaliyet türü olarak mı niteleneceği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında kolluk faaliyetlerinin kamu hizmeti olarak ele alındığı görülmektedir.⁷⁹ Kolluk, bir kamu hizmeti olarak kabul edilse dahi, kamu düzenini sağlamaya yönelik faaliyetlerin görülüş usullerinde birtakım farklılıklar söz konusu olacaktır. Kamu hizmetlerinden faydalanmak kural olarak kişilerin talep ve iradesine

⁷⁷ Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.43.

⁷⁸ Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.66-70; Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi**, s.141-144; Onur Karahanoğulları, **Eksik İmtiyaz**, s.207; Elvin Evrim Dalkılıç, İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı, **Ankara Barosu Dergisi**, S:2, Ankara, 2013 s.122.; D. Çiğdem Sever, Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası, **Ankara Barosu Dergisi**, S:3, Ankara, 2013, s.250.

⁷⁹ Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi**, s.181-184.

bağlıyken, kolluk faaliyetlerinde ilgililerin iradesi aranmamaktadır.⁸⁰ Duran, bu ayrımdan yola çıkarak kolluk faaliyetlerinin salt kamusal usulle gerçekleştirilebileceğini ve sözleşme konusu yapılamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, yararlı ve gerekli olsa dahi kolluk yetkisinin özel kişiler eliyle kullanılması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşecektir.⁸¹ Buna karşın, aksi yönde uygulamalara rastlanabilmektedir.⁸²

Genel olarak kolluk faaliyetleri kapsamında değerlendirilen denetim yetkisinin özel kişilerce üstlenilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemelerden bir kısmı Anayasa Mahkemesi denetiminden geçmiştir. Dalkılıç, söz konusu kararları inceleyen çalışmasının neticesinde, Mahkemenin kolluk - kamu hizmeti ayırımına genellikle değinmediğini ve süreklilik içeren bir içtihat oluşturulamadığını ileri sürmüştür.⁸³ Yazara göre, konuya ilişkin birbiri ile yakın tarihli kararlar arasında dahi oldukça farklı gerekçelere yer verilmiştir. Gerçekten de Mahkeme bazı kararlarında denetim yetkisinin özel kişiler eliyle kullanılamayacağına hükmederken⁸⁴, bazı

⁸⁰ Lütfi Duran, Peştemallık ve Ulufe Ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi, **AİD**, Cilt:20, S:1, Ankara, Mart 1987, s. 12.

⁸¹ Lütfi Duran, **Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi**, s.9.

⁸² Bkz. Sedat Çal, Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi', **AÜHFD**, Cilt 57, S.2, Ankara, 2008, s. 63-113.

⁸³ Elvin Evrim Dalkılıç, **İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devri**, s.122.

⁸⁴ "Uygulamada ve öğretide de kabul edildiği gibi; ister "bağlı yetki" ister "takdir yetkisi" şeklinde kullanılsın "ruhsat verme" idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 11/12/1986, E:1985/11 – K:1989/29, 18/04/1987 tarihli ve 19435 sayılı RG); "İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 13/01/2011, E:2007/2 – K:2011/13, 23/07/2011 tarihli ve 28003 sayılı RG); "Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına

kararlarında denetim yetkisinin özel kişiler eliyle kullanılmasını Anayasa'ya aykırı görmemiştir.⁸⁵

Buna karşın, özel kişilerin denetim faaliyetlerine katılmasını Anayasa'ya aykırı bulmayan kararlarda da idarenin rolü vurgulanmıştır. İdare, konuya ve özel kişilerin faaliyetlerine ilişkin denetim yetkisinin asıl sahibidir.⁸⁶

Sağlık hizmetleri konuya ilişkin tartışmaların yaşandığı diğer bir alandır.⁸⁷ Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında da farklı yaklaşımlar sergilendiğini söylemek mümkündür. DMK'de yapılan değişiklik, sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfındaki personelin yürüteceği görevlerin hizmet alımı yoluyla özel kişilere gördürülebileceğine ilişkin hükmü iptal etmeyen Mahkeme⁸⁸, aile hekimlerince yürütülecek faaliyetleri genel

ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan denetim kapsamındaki faaliyetlerin, kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin olduğu, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/01/2009, E:2005/85 – K:2009/15, 03/04/2009 tarihli ve 27189 sayılı RG); diğer bir örnek için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 05/07/2012, E:2011/27 – K:2012/101, 06/10/2012 tarihli ve 28433 sayılı RG.

⁸⁵ "İmar koluğu faaliyetleri içinde yer alan ve yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri yerel yönetimlerin yetkisinde olup, dava konusu düzenlemeyle yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmiş değildir. Başka bir anlatımla, yapı denetim kuruluşları, kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yapmak ve bu konuda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirilmişlerdir. Buna göre, yapı denetim kuruluşlarının hizmetleri Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında bulunmamaktadır." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 26/06/2002, E:2001/377 – K:2002/59, 09/11/2002 tarihli ve 24931 sayılı RG); "Ulaştırma Bakanlığı'nca onaylanan yetki devrine dayalı olarak alt işleticiler tarafından araç muayene hizmetinin yürütülmesinin, idarenin taraf olmadığı bir özel hukuk sözleşmesi ile araç muayene hizmetinin özelleştirilmesi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, Ulaştırma Bakanlığı'nın onayına bağlı bulunan yetki devrine ilişkin düzenleme Anayasa'nın 47. maddesine aykırı değildir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/12/2005, E:2005/110–K:2005/111, 26/07/2006 tarihli ve 26240 sayılı RG).

⁸⁶ Elvin Evrim Dalkılıç, **İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devri**, s.116.

⁸⁷ Bkz. Onur Karahanoğulları, **Eksik İmtiyaz**.

⁸⁸ "Sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına

idare esasları kapsamında görmüş ve aile hekimlerini kamu görevlisi olarak kabul etmiştir.⁸⁹

Ulusoy, Türk içtihadında objektif bir kamu hizmeti anlayışının belirlendiğini ve Anayasa Mahkemesinin “niteliği gereği”, “doğası gereği” ve “önemi gereği” gibi değerlendirmeler sonucu bazı faaliyetlerin kamu hizmeti olarak örgütlenmesini bir zorunluluk haline getirerek yasama alanına müdahale ettiği görüşündedir.⁹⁰ Yazara göre, Mahkeme kararlarını bu gibi subjektif ve muğlak kriterler yerine somut normlara⁹¹ dayandırmalıdır.⁹²

Mahkemenin faaliyet konularına ilişkin sergilediği yaklaşım farkı, hizmeti üstlenecek kişilere göre de farklılık gösterebilmektedir. Tohumculuk Kanununa ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında şu ifadeler yer verilmiştir:

sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabilmesi olanaklıdır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2007, E:2004/114 – K:2007/85, 24/12/2007 tarihli ve 26736 sayılı RG).

⁸⁹ “... [A]ile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. ... Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan 'diğer kamu görevlisi' kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 21/02/2008, E:2005/10– K:2008/63, 07/11/2008 tarihli ve 27047 sayılı RG). Aile hekimlerine ilişkin diğer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 03/10/2013, E:2012/103– K:2013/105, 17/12/2014 tarihli ve 29208 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 11/09/2014, E:2014/82– K:2014/143, 10/01/2015 tarihli ve 29232 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 17/12/2014, E:2014/186– K:2014/188, 10/01/2015 tarihli ve 29232 sayılı RG.

⁹⁰ Ali Ulusoy, Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, **AÜHFD**, Cilt:48, S.1-4, Ankara, 1999, 165-176.

⁹¹ Yazar, ulusal güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması (m.5), adalet hizmetlerinin sunulması (m.36, m.40), ormanların korunması (m.169), çevre sağlığının korunması (m.56), korunmaya muhtaç çocukların korunması, eğitim ve öğretim, sosyal güvenlik (m.60) ve ekonomik rekabetin sağlanması (m.167) gibi faaliyetlere ilişkin Anayasal düzenlemeleri örnek olarak göstermektedir.

⁹² Ali Ulusoy, **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, s.46-47.

“Anayasa’nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa’nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan ‘...özel hukuk tüzel kişilerine...’ ibaresi, 8. maddedeki ‘denetim’ yönünden Anayasa’nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

Kararda, özel kişilere denetim yetkisi verilmesi 128’inci maddeye aykırı bulunurken, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Tohumcular Birliği⁹³ maddenin kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşın birlik personeli kamu görevlisi statüsünde değildir. Ancak Birliğin kamu tüzel kişiliğini⁹⁴ haiz olması Mahkemece yeterli görülmüştür.⁹⁵ Hâlbuki 128’inci madde kamusal usulle yürütülecek faaliyetler için kamu tüzel kişiliğini yeterli görmemiş, bu faaliyetlere ilişkin asli ve sürekli görevlerin kamu görevlilerince üstlenilmesini zorunlu tutmuştur. Dolayısıyla bir faaliyet 128’inci maddenin kapsamında ise kamu görevlisi istihdamı zorunludur. Faaliyet bu kapsamda görülmüyorsa, faaliyetin tamamının özel kişiler eliyle yürütülmesi

⁹³ 5553 sayılı Tohumculuk Kanununun 26 ncı maddesi şu şekildedir: “Türkiye Tohumcular Birliği; alt birlikler arasındaki işbirliği ve dayanışmayı temin etmek, tohumculuk sektörünün geliştirilmesi ile sektörde faaliyet gösterenler arasında meslekî dayanışma sağlamak ve mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek amacıyla alt birliklerce kurulan, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşudur. Birliğin kuruluşundan sonra alt birlikler, Birliğe üye olmak zorundadır.”

⁹⁴ Anayasanın 135 inci maddesinin birinci fıkrasına göre kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları kamu tüzel kişiliğini haizdir.

⁹⁵ Yeminli Mali Müşavirlere ilişkin kararın da bu çerçevede değerlendirilmesi mümkündür. (Anayasa Mahkemesi, K.G. 19/03/1987, E:1986/5– K:1987/7, 12/11/1987 tarihli ve 19632 sayılı RG).

kural olarak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında kararın çelişkili bir yönü bulunduğu söylenebilir.

Genel İdare Esaslarına Göre Kamu Hizmeti Yürütmekle Yükümlü Kamu Kurum ve Kuruluşları:

1961 Anayasası'nın 117'nci maddesinden farklı olarak 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinde kamu iktisadi teşebbüsleri ifadesine yer verilmiştir. KİT'lerin kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları⁹⁶ nedeniyle diğer kamu tüzel kişileri kapsamında da ele alınmaları da mümkündür. 1961 Anayasası döneminde KİT'lerde memur istihdam edilmiştir.⁹⁷ Dolayısıyla bu dönemde de KİT'lerin, 117'nci maddenin kapsamında değerlendirildiği ileri sürülebilir.

Yukarıda da belirtildiği üzere Ön Tasarı'da sınai ve ticari kamu hizmetlerinin özel idare usullerine göre idare edilmesi düşünülmüştür. Buna göre bu tip teşebbüslerde istihdam edilen personel, sürekli ancak memur statüsünde olmayacak ve memurların iki katına kadar mali haklara sahip

⁹⁶ KİT'ler 233 sayılı KHK'nın 3 üncü maddesine göre Bakanlar Kurulu Kararı ile kurulmaktadır, 4 üncü madde ise tüzel kişiliğe sahip olduklarını belirtmektedir. KHK'nın verdiği açık yetkiye dayanarak kamusal usulle kurulmaları ve başta personele ilişkin hususlar olmak üzere iç işleyişe ilişkin konularda KİT'lerin tamamının çıkardığı yönetmelikler bulunması kamu tüzel kişisi olduklarının açık göstergesi olarak kabul edilebilir. KİT kamu sermayeli kuruluşlar içerisinde belirli bir statüye işaret etmektedir, kamu sermayeli özel bir kuruluşun genel hükümlere göre kurulması mümkündür. Ancak bu tip kuruluşlar KİT statüsünde değildir. Anayasa Mahkemesi de KİT'lerin kamu tüzel kişisi olduğu görüşündedir: *"Kamu iktisadî teşebbüsleri, 233 sayılı KHK'nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticarî esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzelkişileridir. Kamu iktisadî teşebbüsleri, özel teşebbüsler gibi kârlılık ve verimlilik anlayışı içinde çalışmak durumunda olduklarından, dış ilişkilerinde ticarî ilke ve yöntemlere göre başka bir anlatımla özel hukuk kurallarına göre davranmak zorundadırlar. Kamu iktisadî teşebbüsünün özel hukuk kurallarına bağlı olarak faaliyette bulunması onun kamusal niteliğini değiştirmez. Çünkü kamu idareleri ve idarî kamu kurumları da gerektiğinde özel hukuk kuralları uyarınca işlem yapabilmektedir. Kamu iktisadî teşebbüsleri içyapı ve ilişkileri yönünden kendi yasaları ile idare hukuku kurallarına bağlıdırlar."* (K.G. 22/12/1994, E:1994/70 – K:1994/65-2, 28/01/1995 tarihli ve 22185 sayılı RG). KİT'lerin kamu tüzel kişisi ya da özel tüzel kişi olabileceği yönünde bir görüş için bkz. Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.19.

⁹⁷ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.43.

olabilecektir ancak Anayasa'da özel idare usullerine ya da sınai ve ticari kamu hizmetlerine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁹⁸

1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinde KİT'lerin açıkça zikredilerek genel idare usullerine dâhil edilmesiyle de geriye özel idare usullerine göre yürütülecek hizmet kalmadığı⁹⁹ ve özel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin personeliyle genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışanlar arasında bir fark kalmadığı ileri sürülmüştür.¹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi bir kararında bu konuya geniş yer ayırmıştır:¹⁰¹

"Anayasa'nın 128. maddesinin karşılığı olan 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" ibaresinden söz edilmemekteydi. KİT'lerin aslında bu nitelikleriyle 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın da 128. maddesindeki diğer kamu tüzelkişileri kapsamında oldukları, bu nedenle madde metninde ayrıca sayılmalarının gereksiz bulunduğu yolundaki eleştirilerin ilginçliği ve haklılık payı küçümsenemez. Ancak; Anayasa Koyucunun "haşiv" e yer verdiği düşünölemeyeceğine göre, anılan bu yeni iki kavramın 1982 Anayasası'nın 128. maddesine dâhil edilmelerinde gereksinmelerden kaynaklanan, deneyimlerle belirginleşen hukuksal, yönetsel, sosyal ve ekonomik nedenlerin bulunduğunu kabulde yarar vardır. ... Danışma Meclisi'nce hazırlanan ve bugünkü 128. maddeyle eş konumdaki metinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları bulunmadığı halde, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nca maddeye dâhil edilmesi, açıklamaları doğrular niteliktedir."

⁹⁸ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.41-42; Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.22.

⁹⁹ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.44.

¹⁰⁰ Lütfi Duran, **Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)**, s.18.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/12/1988, E:1988/5– K:1988/55, 25/07/1989 tarihli ve 20232 sayılı RG.

Anayasa Mahkemesi, bu değerlendirmeleri takiben KİT'lerde bazı görevlerin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasa'nın 135'inci maddesinin ikinci fıkrası¹⁰² da bu sonucu destekler mahiyette görülmüştür:

"Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "kamu iktisadî teşebbüsleri" nin de, 135. maddesinin ikinci fıkrasında da ayrıca belirlendiği gibi. "... genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler..." mutlaka vardır ve bunların da "memurlar" ya da "diğer kamu görevlileri" eliyle yürütülmesi gerekir."

Anayasa Mahkemesi KİT'lerde genel idare esaslarına göre yürütülecek görevler bulunduğunu ve bunun anayasa koyucunun açıkça öngördüğü bir durum olduğunu kabul etmektedir. Bu kararı takiben KİT personel rejimi 399 sayılı KHK ile yeniden düzenlenmiştir. KİT'lerde kamu görevlisi istihdam etme zorunluluğu karşısında, KHK'de belirtilen kadrolarda istihdam edilenlerin Devlet memuru statüsünde olmaları ve atandıkları kadrolarda sözleşme ile çalıştırılabilirmeleri öngörülmüştür.¹⁰³ Anayasa Mahkemesi KİT'lerde genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken işler bulunduğunu tekrar ettikten sonra, bu görevlerin tespiti için objektif ölçütler

¹⁰² 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 135 inci maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmaz."

¹⁰³ 399 sayılı KHK'nın 3/b maddesinin ilk hali şu şekildedir: "Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcılar ile kadro unvanları ekli 1 sayılı cetvelde gösterilen diğer personel eliyle gördürülür ve bu kadrolara atanan personel atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak da çalıştırılabilirler. Bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır."

Ekli 1 sayılı cetvelde gösterilen kadrolar dışında kalıp genel idare esaslarına göre yürütüldükleri teşebbüs veya bağlı ortaklık yönetim kurullarınca tespit edilecek diğer hizmetlere ait kadrolar Bakanlar Kurulu Kararı ile 1 sayılı cetvele dahil edilir."

getirilmesi gerektiği gerekçesiyle düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur.¹⁰⁴

“Anayasa'nın 128. maddesinde KİT'lerde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri ile bu nitelikte olmayan kamu hizmetlerinin olduğu gerçeği yatmaktadır. Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Düzenleme tadadi ve dondurucu bir nitelikte değildir. KİT'lerde asli ve sürekli nitelikte olmayan görevlerle, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen kimi görevler kamu görevi niteliğini korumakla birlikte söz konusu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Statü ayrımının yapılmasında öncelikle genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri belirleyecek objektif ölçütlerin getirilmesi gerekmektedir.”

Bu kararı takiben memur kadrolarına ilaveten genel idare esaslarına göre yürütülecek görevler de sayma yönetimi ile belirlenmiştir. ¹⁰⁵ Düzenlemeye göre politika tespiti, yönetim ve denetime dair görevlerin genel idare esaslarına göre memurlar eliyle yürütülmesi gerekmektedir.

¹⁰⁴ Kararda, KİT'lerde çalışacak memurlarla sözleşme yapılmasının ücret dengesine ilişkin bir konu olduğu ve Anayasaya aykırı olmadığı ancak bazı memurlar ile sözleşme yapıp bazıları ile yapmama imkânı tanınmasının eşitlik ilkesine aykırı düşeceği gerekçesiyle memur statüsündeki personelle sözleşme yapılabileceği hükmü de iptal edilmiştir. (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG).

¹⁰⁵ 399 sayılı KHK'nin 3771 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3/b maddesi şu şekildedir: “Teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulama ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütülür. Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür.” Gözler bu düzenlemeyi gereğinden çok daha geniş olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. (Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.634-635).

Diğer taraftan Mahkeme, Bakanlar Kuruluna, Devlet Yatırım Bankasını (Eximbank) belli amaçlar için yeniden düzenleme yetkisi veren yasa maddesini Anayasaya aykırı görmemiştir.¹⁰⁶

"Bilindiği gibi kamu bankaları tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunmakta ve özel sektör bankaları ile yoğun bir rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. Bu nedenle banka personelinin hizmetini "genel idare esaslarına göre" yürütülen "kamu hizmetleri "nden saymağa imkân yoktur."

Mahkemenin Adalet Teşkilatı Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun ile ilgili kararında da benzer bir görüşe yer verilmiştir.¹⁰⁷ Mahkemenin öne sürdüğü bu gerekçelerin KİT statüsünde olan kamu bankaları¹⁰⁸ için de geçerli olduğu belirtilerek, yakın zamanda verilen bu kararlar birbiriyle çelişkili hususlar içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹⁰⁹

Söz konusu kararlar yakından incelendiğinde Anayasa Mahkemesinin kamu sermayeli kuruluşların tamamını KİT statüsünde görmediği

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, K.G. 21/01/1988, E:1988/11– K:1988/2, 29/03/1989 tarihli ve 19769 sayılı RG.

¹⁰⁷ "Daha teknik bir anlatımla fon, genel mevzuat ve kimi yönlerden bütçe prosedürü dışında, özelliği olan bazı devlet görevlerinin yürütülmesi ve gerçekleştirilmesi amacıyla bütçeden ya da bütçe dışı olanaklarla sağlanan para ve kıymetlerdir. Anında karar alıp süratli harcama yapmak ve ek finansman sağlama zorunluluklarını gidermek, böylece bütçenin sınırlı ve kısıtlı olanakları ve kendisine özgü bürokrasisi içinde çözümlenemeyecek veya uzun sürede çözümlenecek sorunlara tezelden köklü ve kalıcı çözümler getirmek için, ihtiyaca göre, genel ve katma bütçeler dışında da fon tesisi yoluna gidilmiştir. Bu hususun Anayasa'nın 161. maddesinin üçüncü fıkrası ile tanınan ve bütçe dışı harcama yapılmasına olanak veren "özel usuller" deyiminin kapsamı içinde düşünülmesi gerekmektedir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 08/09/1989, E:1988/37– K:1989/36, 18/01/1990 tarihli ve 20406 sayılı RG).

¹⁰⁸ 233 sayılı KHK ekinde anlaşıldığı kadarıyla, Ziraat, Halk ve Emlak Bankaları ile Sümerbank ve Etibank anılan dönemde KİT statüsündedir.

¹⁰⁹ Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.49-50; Turgut Tan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:8, Ankara, 1991, s.244-246; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.635; Abdullah Uz, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.115.

anlaşılmaktadır. KİT statüsü mevzuatla tanımlanmış belirli bir statüdür. Anayasa Mahkemesine göre KİT’lerde genel idare esaslarına göre yürütülecek görevler bulunduğu kabulü anayasal bir zorunluluktur, ancak bunu tüm kamu sermayeli kuruluşlar için söylemek mümkün değildir.

Mahkemenin Ziraat ve Halk Bankalarını KİT statüsünden çıkaran 4603 sayılı kanuna ilişkin kararında da bu görüşe yer verilmiştir:¹¹⁰

“...T.C. Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası, 4603 sayılı Kanun ile kamu iktisadi teşebbüsü kurallarına tabi iktisadi devlet teşekkülü statüsünden çıkarılarak özel hukuk kurallarına bağlı anonim şirket konumuna geçirilmişlerdir. Başka bir anlatımla belirtilen bankaların yürüttüğü hizmetler yasa ile kamu hizmeti olmaktan çıkarılmıştır. Bu durumda, statüsü değiştirilen bankalar tarafından yürütülen hizmeti, Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yapılan asli ve sürekli bir kamu hizmeti ve burada çalışan personeli de memur ya da diğer kamu görevlisi olarak nitелеmek olanaklı değildir. Dolayısıyla özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren söz konusu bankaların personelinin özel hukuk hükümlerine göre çalıştırılması Anayasa’nın 128. maddesine aykırılık oluşturmaz...”

Dolayısıyla Mahkemenin kamu sermayeli kuruluşlara ilişkin kararlarının hizmetlerin niteliği bakımından tutarsız olduğunu ileri sürmek mümkün olmakla birlikte, kararların lafzi ve salt hukuki bir yorumla birbiriyle tutarlı olduğunu da söylemek mümkündür.

Bu içtihadın, yeni kurulacak kamu sermayeli kuruluşların KİT statüsü dışında bir statüde kurulması ve mevcut KİT’lerin de statülerinin değiştirilmesi

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, K.G. 25/06/2002, E:2002/31– K:2002/58, 14/03/2006 tarihli ve 26108 sayılı RG.

yönünde bir eğilim oluşturduğu ileri sürülebilir.¹¹¹ Buna göre Mahkeme dolaylı yoldan da olsa özel idare esaslarının uygulanmasına imkân vermiştir. Ancak bunun bir diğer sonucu ise KİT statüsünün işlevinin aşınarak, birbirinden farklı düzenlemelere tabi kamu sermayeli kuruluşların ortaya çıkmasıdır.

Diğer taraftan, kamu görevlileri ancak kamu tüzel kişilerine bağlı olarak istihdam edilebilmektedir. Ancak bu kural, bütün kamu tüzel kişilerinde kamu görevlisi istihdam edileceği anlamına gelmemektedir. Genel idare esasları çerçevesinde yürütecek görevi olamayan kamu tüzel kişilerinde kamu görevlisi istihdam edilmesi anayasal bir zorunluluk değildir. Anayasa Mahkemesinin Kalkınma Ajanslarına ilişkin kararında bu durum açıkça ifade edilmiştir.¹¹²

“Kalkınma ajansları Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasına dayanılarak kurulan kamu tüzel kişileri olup, 5449 sayılı Yasa dışında özel hukuk hükümlerine göre çalıştığından, bunların hizmetinin Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmasına ve personelinin de aynı madde kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

... [B]u personelin Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında bulunmadığı ve Yasa’nın amacı gözetildiğinde Anayasa’ya aykırı bir yönü görülmemiştir.”

¹¹¹ Örneğin, Ziraat ve Halk Bankalarına benzer biçimde PTT de 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile KİT statüsünden çıkarılmış ve sermayesinin tamamı kamuya ait bir anonim şirket olarak yeniden örgütlenmiştir.

¹¹² Anayasa Mahkemesi, K.G. 30/11/2007, E:2006/61–K:2007/91, 23/02/2008 tarihli ve 26796 sayılı RG.

1.2.2.2. Asli ve Sürekli Görevler

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde devamlılık ve istikrarın sağlanması için daimi ve sabit bir kadroya ihtiyaç duyulmaktadır.¹¹³ Kadro, kamu hizmetinin yürütülmesi için ihtiyaç duyulan personelin miktarını ve niteliğini göstermekte olup, personelin, teşkilatla ve dolayısıyla kamu hizmetiyle kaynaşmasını sağlamaktadır. Kadronun, statü hukukunun ve sürekliliğin bir göstergesi olduğunu söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi bir kararında il genel meclisi üyelerinin kadro ile kaynaşmadığı ve görevlerinin geçici olduğu gerekçesiyle kamu görevlisi sayılamayacaklarını ifade etmiştir.¹¹⁴

“Onursal ajan kategorisine giren il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur.”

Buna göre, kamu görevlilerini bakan, milletvekili gibi seçimle göreve gelen ve arızı olarak kamu hizmetine katılanlardan ayıran özellik kamu hizmetine daimi olarak katılmalarıdır.

Anayasa'ya göre, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden aslilik ve süreklilik özelliklerini bir arada taşıyanların kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir. Diğer bir

¹¹³ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt:II**, s.1076.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 – K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

ifadeyle, bir görevin kamu görevlisi eliyle yürütülmesinin bir zorunluluk halini alması için, sadece asli ya da sadece sürekli olması yeterli değildir.

Asli görevlerin bir kamu hizmetinin ana unsurunu, esasını teşkil ettiği söylenebilir. Süreklilik ise kamu hizmeti ilkelerinden biri olup, kamusal ihtiyaç devam ettiği müddetçe hizmetin sürekli olarak yerine getirileceği anlamına gelmektedir.¹¹⁵ Süreklilik, bir yönüyle hizmetin zaman bakımından devamlılığını, diğer bir yönüyle de istikrarlı biçimde yürütülmesini gerektirmektedir.¹¹⁶ Bu ilke, hizmetin geneli üzerinde etkili olduğu gibi, yansıyarak hizmetin bütün unsurları üzerinde de etkiler doğurmaktadır.¹¹⁷ Kamu görevliliği statüsüne ilişkin pek çok kısıtlamanın¹¹⁸ ve koruyucu mekanizmanın¹¹⁹ dayanağı da süreklilik ilkesidir.

Görevin Sürekliliği ile Personelin Sürekliliği Arasındaki İlişki:

Anayasa'ya göre asli ve sürekli olmayan görevlerde kamu görevlisi çalıştırma zorunluluğu bulunmamaktadır.¹²⁰ Ancak görevin sürekli olmasının personelin de sürekli olarak istihdam edilmesini zorunlu kılıp kılmadığı konusunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Danıştay 8. Dairesinin 1964 yılında Devlet Tiyatrolarında sözleşmeli olarak istihdam edilen sanatçılara

¹¹⁵ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.190.

¹¹⁶ Oğuz Sancakdar, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.411-412.

¹¹⁷ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:648, İstanbul, 1982, s.309.

¹¹⁸ Onur Karahanoğulları, **Kamu Hizmeti**, s.195. Bu kısıtlamalara örnek olarak grev yasağı ve çekilmenin taleplerinin belirli usul ve koşullara bağlanması gösterilebilir.

¹¹⁹ Kamu görevlerinin, görevleriyle ilgili konularda yargılanmasının ayrı bir usule ve idari izne bağlanması buna örnek olarak gösterilebilir.

¹²⁰ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.636.

ilişkin bir kararında kamu hizmetinin sürekliliği ile personelin sürekliliği arasında bir ilişki kurulmuştur.¹²¹

“Sürekli bir hizmet olduğu kimsenin reddedemeyeceği Devlet Tiyatrosu işinde çalışan sanatçıların rızalarına bakılmadan bir tarafın kararı ile işinden uzaklaştırılması hukukça da, yasaca da uygun olmaz esasen Devlet Tiyatrosu Kuruluşu hakkındaki Kanunun âmir hükmü karşısında idarenin yenilemeye mecbur olduğu davacıya ait sözleşmeyi yenilemiyorum demeye yetkisi yoktur.”

Milli Eğitim Bakanlığı, bu kararın daha eski bir Danıştay kararı¹²² ile çeliştiği gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesi talebiyle Danıştaya başvurmuştur. İçtihat yukarıda yer verilen karar doğrultusunda birleştirilmiştir.¹²³

Bu kararlar doktrinde de çeşitli açılardan ele alınmış ve tartışmalara neden olmuştur.¹²⁴ Uler, söz konusu kararlar ve doktrindeki tartışmaları değerlendirdiği çalışmasında, idareye sözleşmeyi yenileme zorunluluğu getirerek idarenin üstünlüğüne dayanan idari sözleşme kuramından sapıldığını ileri sürmüştür.¹²⁵ Yazara göre, hizmetin sürekli olması personelin de sürekli olmasını gerektirmemektedir ve Danıştay böyle bir zorunluluğu getirirken herhangi bir idare hukuku ilkesine de dayanmamaktadır.¹²⁶

¹²¹ Danıştay 8. Daire, K.G.15/01/1964, E:1963/9879 - K:1964/121.

¹²² Danıştay 5. Daire, K.G. 09/06/1956, E:1956/1281 - K:1956/1740.

¹²³ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, K.G. 04/07/1964, E:1964/674 - K:1964/344, 05/05/1965 tarihli ve 11990 sayılı RG.

¹²⁴ Hukuki süreç ve tartışmalar için bkz. Mehmet Rauf Karslı, **Devlet Eliyle Sanat ve Kamuda Sanatçı Olarak Çalışmak**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s-66-79.

¹²⁵ Yıldırım Uler, Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler, **AÜHFD**, Cilt:22-23, Sayı:1-4, Ankara, 1965-1966, s.229.

¹²⁶ Yıldırım Uler, **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.227.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında da görevin sürekliliği ile personelin sürekliliği arasında bağ kurulduğunu söylemek mümkündür. Mahkeme, il genel meclisi üyelerinin kamu hizmetine sürekli surette katılmadıkları gerekçesiyle kamu görevlileri sayılamayacaklarına ilişkin kararında¹²⁷ ve geçici köy korucularına ilişkin kararında, görevin sürekliliğiyle personelin sürekliliğini birbirine koşturarak ele almıştır.¹²⁸

“Kaldı ki, geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde de değildir.”

Geçici köy korucularına ilişkin karar da görevin sürekliliği ile personelin sürekliliğinin birbirine karıştırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.¹²⁹ Ancak, karar incelendiğinde Mahkemenin geçici köy korucularının icra edeceği görevleri geçici olarak nitelediği ve geçici görevlerde kamu görevlisi çalıştırılmasının zorunlu olmadığını işaret ettiği görülmektedir. Kararda dikkat çeken bir diğer husus ise görevin sürekli olmadığı vurgulanırken, asliliğine değinilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla geçici köy korucularının icra edeceği kolluk faaliyetinin asli bir görev olduğu açıktır. Ancak, görev sürekli olmadığı için 128’inci madde anlamında kamu görevlisi istihdamı bir zorunluluk olarak görülmemiştir.

¹²⁷ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 – K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

¹²⁸ Anayasa Mahkemesi, K.G. 10/12/1985, E:1985/5– K:1985/23, 21/01/1986 tarihli ve 18995 sayılı RG.

¹²⁹ Lutfi Duran, **Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II)**, s.17; Sait Güran, **Anayasa Mahkemesi'nin Personel Hukukuna Bakışı**, s.50; Cihan Kanlıgöz, 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı, **AÜHFD**, Cilt:43, Sayı:1-4, Ankara, 1993, s.192.

Geçici köy korucularına ilişkin Danıştay Birinci Dairesi Kararında da kamu hizmetine geçici olarak katılanların kamu görevlisi sayılamayacaklarına oy birliğiyle karar verilmiştir.¹³⁰

Doktrindeki karşıt görüşlere¹³¹ rağmen içtihatla sürekli görevlerin daimi surette kamu hizmetine katılmış personel eliyle yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerde sürekli olarak istihdam edilen personel görevlendirilmelidir. Kamu hizmetinin bir unsuru olan süreklilik 128'inci maddenin kapsamındaki kamu görevlileri için de geçerlidir. Ancak, geçici görevlerin mutlaka geçici nitelikteki personel eliyle yürütülmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir. Kural olarak, geçici nitelikteki görevlerin kimler eliyle yürütüleceği kanun koyucunun ve kanunların verdiği yetkiler doğrultusunda idarenin takdirindedir. Aksi bir düzenleme bulunmaması halinde idare geçici görevlerini de sürekli personeli eliyle yürütebilir.

¹³⁰ "Öğreti ve yargısal kararlarda, kamu idare ve kurumlarında kamu hizmetlerini yürüten kişilerden; idare örgütüne ve hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olan, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı ve kendilerine özgü statüleri bulunan, görevleri dışında da bu statüleri ile resmi sıfat ve yetkilerini koruyan, kamu hizmetinin gerektirdiği alanlarda uzmanlaşmış olanlar "memur ya da kamu görevlisi" sayılmakta, bu nitelik ve koşulları taşımayanlar ise, "memur ya da kamu görevlisi" deyiimi kapsamında kabul edilmemektedir.

Bu olgular göz önüne alınarak, kamu görevlileri olup olmadıkları hususunda duraksamaya düşülen sözü edilen kişilerin durumları incelenmiş ve varılan sonuçlar aşağıda açıklanmıştır.

Bunlardan benzer nitelikleri taşıyan belediye meclis ve encümeninin seçilmiş üyeleri ile il genel meclisi ve daimi encümeninin seçilmiş üyelerinin, seçimle ve belirli bir süre için kamu hizmetine katıldıkları, genelde kurul halinde çalıştıkları, kurulun dışında resmi sıfat ve statüleri bulunmayıp kendi iş ve meslek statülerini korudukları; geçici ve gönüllü köy korucuları ile geçici işçiler ve öğretmenlerin ise kamu hizmetlerine geçici ve arızı olarak katıldıkları için kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmamaktadır." (Danıştay 1. Daire, K.G. 19/12/1996, E: 1996/131 - K: 1996/242, UYAP Bilgi Bankası)

¹³¹ Görevin sürekliliğini personelin sürekliliğinden ayrı bir husus olarak ele alan görüşler dışında, görevin sürekli olmasının personelin de sürekli olmasını gerektirdiğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.29-30; Oğuz Sancakdar, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, s.412.

Görev ölçütünün çalışmanın konusu açısından iki temel sonucu olduğu söylenebilir:

- i. Kamusal usulle yürütülmesi gereken hizmetlerin asli ve sürekli görevlerinin kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Ancak bu görevlerin tespiti konusunda nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Asli ve sürekli görevler dışında kalan görevlerin ise nasıl ve kimler eliyle yürütüleceği yasa koyucunun takdirindedir.
- ii. Türk içtihadında görevin sürekli olması onu yürütecek kişilerin de sürekli olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kamu görevlileri kamu hizmetine sürekli olarak katılmaktadır. Buna göre kamu görevliliğinin meslek olduğunu söylemek mümkündür.

1.2.3. Statünün Esaslı Unsurlarının Kanunla Düzenlenmesi Ölçütü

1.2.3.1. Objektif Hukuki Rejim

Anayasa'nın 123'üncü maddesinde¹³² idarenin bütünlüğü ve yasallığı ilkeleri düzenlenmiştir. Maddede, kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiyle kurulabileceği ve idarenin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin kurulmasında ve

¹³² 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği" başlıklı 123 üncü maddesi şu şekildedir: "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.

İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.

Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur."

yürütülmesine ilişkin esasların tespitinde yasal dayanağa ihtiyaç duyulduğunu söylemek mümkündür.

Kamu hizmetinin kuruluşu ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar tespit edilirken, kural olarak hizmetin kimler eliyle yürütüleceği de belirlenmektedir. Genel ve özel personel kanunları yanında teşkilat kanunlarında da, istihdam edilecek personele ilişkin düzenlemelere ya da personel istihdamına dayanak oluşturacak hükümlere¹³³ yer verilebilmektedir.

Kamu görevlileri ile idare arasındaki istihdam ilişkisi kanuna dayanmakta ve kamu hukuku ile düzenlenmektedir. Kamu görevlilerine ilişkin tasarrufların kural olarak idari işlemlerle gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür.

Duguit, kanundan doğan ve doğrudan kanunun uygulanmasının sonucu olan durumların da kanun gibi genel ve sürekli olduğunu belirterek, bu durumları “*objektif hukuki durum*” olarak nitelemiştir.¹³⁴ Objektif hukuki durumlar, aynı şartlar altında aynı durumda olan herkese ve aynı şekilde uygulanacak, hakları, yetkileri, sorumlulukları ve yasakları işaret etmektedir.¹³⁵ Bu durumları doğuran hukuk kuralları yürürlükte oldukça devam etmekte ve bir defa uygulanmakla ortadan kalkmamaktadır.

¹³³ İdarenin özel hukuk hükümlerine göre personel istihdam edebilmesi için de yasal dayanağa ihtiyaç duyduğu söylenebilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 4/D maddesi ve 399 sayılı KHK’nın 3/d maddesi gibi genel düzenlemeler ile idarenin teşkilat kanunda belirtilen hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu belirten düzenlemeler kamu kesiminde işçi istihdamının yasal dayanaklarına örnek gösterilebilir.

¹³⁴ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.30.

¹³⁵ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, İkinci Tabı, İstanbul, 1960, s.368.

Dolayısıyla, kamu görevlilerinin hukuki durumunun, genel, gayri şahsi ve sürekli olduğu kabul edilebilir.¹³⁶

Ayrıca, Anayasa'nın 10'uncu maddesine göre idare tüm işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadır. Dolayısıyla, idarenin kamu görevlilerine ilişkin işlemlerinde de objektif hareket etmesi anayasal bir zorunluluktur.

Diğer taraftan, 1982 Anayasası'nda kamu görevlilerinin objektif bir hukuki rejime tabi olacağına ilişkin özel düzenlemeler de bulunmaktadır.¹³⁷ Bu anayasal düzenlemelerden, objektif hukuki rejim ölçütünü oluşturan üç temel kural çıkarılabileceği söylenebilir:

- i. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği nitelikler dışında ayırım yapılamayacağı (m.70),
- ii. Kamu görevlilerinin statülerine ilişkin esaslı konuların kanun ile düzenlenmesi kuralı (m.128, m.130 ve m.140),
- iii. Disiplin ve yargı soruşturmalarında güvence (m.129).

Çalışmanın konusu dikkate alındığında ilk iki kuralın incelenmesi faydalı ve yeterli görülmektedir. Kamu görevlilerinin disiplin işlemleri ve yargılanmaları ise farklı çalışmaların konusunu teşkil etmektedir.

¹³⁶ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, İkinci Tabı, İstanbul, 1960, s.368-369.

¹³⁷ Bu düzenlemelere, 70 inci, 128 inci, 129 uncu maddeler ile öğretim üyeleri için 130 uncu ve hakimler ve savcılar için 140 inci maddeler örnek gösterilebilir.

1.2.3.2. Yasamanın İlkelliği ve İdarenin Düzenleme Yetkisi

Kamu görevlilerinin hukuki statüleri kamu hukuku ile belirlenmekte ve kamu görevlilerine, idare hukuku usul ve esasları uygulanmaktadır.¹³⁸ Kamu görevlilerinin statüleri, kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenlemelerle çalışanın iradesi dışında ve üst bir merci tarafından tespit edilmektedir.¹³⁹ Kişiler, genel olarak atama olarak adlandırılan birel-şart işlemlerle kamu görevlisi statüsüne dâhil edilmektedirler. Kural olarak, atama işlemi tesis eden idari merci kamu görevlisinin statüsünde değişiklik yapamaz. Kamu görevlisinin durumu atama işlemine değil kanuna bağlıdır ve bu duruma ilişkin görevleri, yetkileri ve sorumlulukları kanun belirlemektedir.¹⁴⁰

Türk hukukunda yasama yetkisinin ilkelliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, idarenin kanunla çerçevesi çizilmemiş bir alanda doğrudan düzenleme yapması mümkün değildir.¹⁴¹ Anayasa'nın 107'nci maddesi ile Cumhurbaşkanı'na tanınan yetki bu ilkenin istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kural olarak Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisi türev niteliktedir.

Öztürk'e göre ¹⁴², bu ilke Anayasa'nın kanunun uygulanmasını sağlamak üzere tüzük ve yönetmelik çıkarılabileceği hükümlerine yer veren

¹³⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.655.

¹³⁹ Lütfi Duran, **İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Durumu**, s.86.

¹⁴⁰ Leon Duguit, **Kamu Hukuku Dersleri**, s.121.

¹⁴¹ Lütfi Duran, **İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırı**, **İÜHFM**, Cilt 30, Sayı 3-4, İstanbul, 1964, s.473; K. Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.127.

¹⁴² Yazar, yasallık ilkesinin yorumlanmasında kanuna aykırı olmamak (bağdaşırılık ilişkisi) ile kanuna azami yasallık (uygunluk ilişkisi) arasındaki farka dikkat çekerek, Türk hukukunda idarenin düzenleme yapma yetkisinin kanunda öngörülen ideal tipin somutlaştırılmasına yönelik olduğunu belirtmektedir. (K. Burak Öztürk, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, s.151-152).

113'üncü ve 124'üncü maddeleri ile idarenin kanunla düzenleneceğini kurala bağlayan 123'üncü maddesi ile de doğrulanmaktadır.¹⁴³

Öte yandan, idarenin düzenleme yapabilmesi kanunda açıkça idareye yetki verilmesine bağlı değildir. Anayasa'nın 113'üncü ve 124'üncü maddelerinin de idareye kanunla belirlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi verdiği söylenebilir. Dolayısıyla, idarenin kanundan bağımsız bir düzenleme yetkisi olmamakla birlikte, bir kanun çıkarıldığında – kanun öngörmese dahi- idare kaynağını Anayasa'dan alan düzenleme yetkisini kullanabilir.¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi¹⁴⁵ ve Danıştay¹⁴⁶ kararlarında da bu görüş benimsenmiştir.¹⁴⁷

1.2.3.3. Kanunla Düzenlenmesi Gereken Unsurlar

Yasama yetkisinin ilkeği Türk hukukunda genel bir ilke olmakla birlikte, Anayasa'da bazı konuların kanunla düzenleneceğine ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrası, kamu görevlilerinin statülerine ilişkin esaslı unsurların kanunla belirlenmesini öngörmektedir. Statünün genel çerçevesinin kanun ile belirlenmesi, idari işlemlerle statünün kolayca değiştirilmesini önlemektedir. Hak ve yükümlülüklerin kanunla belirlenmesi kamu görevlileri için hukuki bir güvence oluşturmaktadır.¹⁴⁸ Diğer taraftan, kamu görevlilerince kullanılacak

¹⁴³ K. Burak Öztürk, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, s.143.

¹⁴⁴ K. Burak Öztürk, **İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, s.143.

¹⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/03/1963, E:1963/4–K:1963/71, 18/10/1963 tarihli ve 11534 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 07/06/1973, E:1973/12–K:1973/24, 09/11/1973 tarihli ve 14707 sayılı RG.

¹⁴⁶ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, K.G. 28/04/1972, E:1968/709-K:1972/364; Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, K.G. 05/05/1972, E:1970/453 - K:1972/385.

¹⁴⁷ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:I, s.1161-1163.

¹⁴⁸ Lütfi Duran, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s.111.

yetkilerin kanunla tespit edilmesinin yönetilenler açısından da bir güvence teşkil ettiği söylenebilir.¹⁴⁹ Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir:

“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.”

Buna göre,

- i. Hangi nitelikleri taşıyanların kamu görevlisi olabileceği ve görevlerin gerektirdiği nitelikler,
- ii. Kamu görevlilerinin göreve getiriliş usulü (atama),
- iii. Kamu görevlilerinin hangi görevleri yürütüp hangi yetkileri kullanabileceği,
- iv. Kamu görevlisinin statüsüne tanınan haklar ve yükümlülükler,

kanunla düzenlenmesi gereken konulardır.

Mali haklar da kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında sayılmakla birlikte 2010 Anayasa değişikliği sonrasında kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı tanınmış¹⁵⁰ ve toplu sözleşme hükümleri kanunla

¹⁴⁹ Emre Akbulut, **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s.146.

¹⁵⁰ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 53 üncü maddesinin 5982 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile değişik beşinci, altıncı ve yedinci fıkraları şu şekildedir:

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”

düzenleme kuralından muaf tutulmuştur.¹⁵¹ Tanınan muafiyet, konunun toplu sözleşme ile ilkelden düzenlenebileceği anlamına gelmemektedir. Toplu sözleşme, kamu görevlilerine uygulanacak mali ve sosyal hakların mevzuat dikkate alınarak ve iki yıl geçerli olmak üzere tespit edilmesine imkân vermektedir.¹⁵² Dolayısıyla, toplu sözleşme hükümleri iki yıl boyunca doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olmakla birlikte, statüde bir değişiklik yapılabilmesi için yine yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ileri sürülebilir.¹⁵³ Anayasa Mahkemesinin 2010 Anayasa değişikliği sonrasında verdiği bir kararında da toplu sözleşmenin niteliğine değinilmemekle birlikte aylık ve ödeneklere ilişkin çerçevenin kanun ile çizilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁴

Diğer taraftan, 128'inci maddede kanunla düzenlenecek konular arasında sayılmamış olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi kadroların ve

¹⁵¹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasına 5982 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile "*Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.*" cümlesi eklenmiştir.

¹⁵² 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun m.28/I-II.

¹⁵³ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun m.42 inci maddesine göre personel konularına ilişkin olarak karşılaşılabilecek sorunları gidermeye Devlet Personel Başkanlığı (DPB) yetkilidir. Konuya ilişkin DPB görüşü şu şekildedir: "...01/07/2012 tarihinden geçerli olmak üzere, Kararın geçerlilik süresi olan 31/12/2013 tarihine kadar "İtfaiyeci" kadrosunun hizmet sınıfının (GİH) olarak uygulanması, Kültür ve Turizm Bakanlığındaki "Enformasyon memuru" kadro unvanının ise "Turizm araştırmacısı" olarak uygulanması ve bu uygulamalara bağlı olarak ortaya çıkan haklardan faydalanmaları gerektiği, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararının geçerliliği sınırlı hukuki metin niteliği göz önüne alındığında, daha sonraki yıllara ilişkin toplu sözleşme veya Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararlarında bu uygulamanın sürekliliğini sağlayacak tekrar hükümlerine ihtiyaç kalmaması açısından "İtfaiyeci" kadrosunun hizmet sınıfının (GİH) şeklinde, Kültür ve Turizm Bakanlığındaki "Enformasyon memuru" kadro unvanının ise "Turizm araştırmacısı" şeklinde değiştirilebilmesine ilişkin olarak 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki Cetvellerde Bakanlar Kurulu Kararı ile boş kadro değişikliği veya dolu kadrolarda kanuni düzenleme yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir." (24/07/2012 tarihli ve 11935 sayılı DPB Görüşü, kaynak: www.dpb.gov.tr).

¹⁵⁴ "Esasen Müsteşarın sözleşmeli olarak çalıştırılması, yürüttüğü görevlerin niteliğinde bir değişikliğe neden olmadığından her şartta Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesini gerektirmekte olup bu statüdeki personelin hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88-K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG).

kadro değişikliğine ilişkin usul ve esasların da kanunda gösterilmesi gerektiği görüşündedir.¹⁵⁵ Ancak, Mahkeme kadronun bütçe ile ilişkisine dikkat çekerek Bütçe Kanunu kapsamında olmayan kamu kurumlarının kadrolarının bu ilkenin dışında tutulabileceğini belirtmiştir.¹⁵⁶ Daha sonra verilen bir kararda da KİT'lerin memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonlarının Bakanlar Kurulunca belirlenmesi Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.¹⁵⁷

Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre, Anayasa'da bir konunun kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi halinde o konuya ilişkin temel kuralların kanunla belirlenerek çerçevenin çizilmesi gerekmektedir.¹⁵⁸ Buna göre idareye sınırları kanun ile çizilmemiş bir düzenleme yetkisi tanınması yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kanunla temel esasların belirlenmesi gerekmektedir. Kanunla belirlenen esaslar ve sınır içerisinde idarenin düzenleme yapması mümkündür.

¹⁵⁵ “Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/06/1988, E:1987/21–K:1988/25, 08/01/1989 tarihli ve 20043 sayılı RG); aynı yönde diğer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 01/02/1990, E:1988/64–K:1990/2, 21/04/1990 tarihli ve 20499 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 10/03/2011, E:2009/90–K:2011/47, 14/05/2011 tarihli ve 27934 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 06/06/2013, E:2013/47–K:2013/72, 12/07/2013 tarihli ve 28705 sayılı RG.

¹⁵⁶ “[K]adro konusu bütçe ile de sıkı sıkıya bağlı olduğundan, bütçeleri kanun konusu olmayan mahallî idareler ile kamu iktisadî teşebbüsleri gibi kurum ve kuruluşlar personeline ait kadroların, bu ilkenin dışında tutulması mümkündür.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/06/1988, E:1987/21–K:1988/25, 08/01/1989 tarihli ve 20043 sayılı RG).

¹⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

¹⁵⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/06/1988, E:1987/21–K:1988/25, 08/01/1989 tarihli ve 20043 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 01/02/1990, E:1988/64–K:1990/2, 21/04/1990 tarihli ve 20499 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/12/2007, E:2002/35–K:2007/95, 22/01/2008 tarihli ve 26764 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/06/2008, E:2004/55–K:2008/118, 05/11/2008 tarihli ve 27045 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 08/01/2009, E:2004/69–K:2009/6, 11/06/2009 tarihli ve 27255 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 15/01/2009, E:2004/70–K:2009/7, 11/06/2009 tarihli ve 27255 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/01/2009, E:2005/152–K:2009/14, 03/04/2009 tarihli ve 27189 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88–K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG.

Türk hukukunda idarenin düzenleme yetkisinin türev olması nedeniyle, her konunun ilk olarak kanunda ele alınması gerekmektedir. Ancak, Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, idareye sınırları belirli bir düzenleme yetkisi verilmesi yeterli değildir. Bu konulara ilişkin temel kurallar da kanun ile belirlenmelidir.¹⁵⁹ Bir diğer ifadeyle, kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konunun kanunda sadece zikredilerek idarenin düzenlemesine terk edilmesi mümkün değildir. Buna göre, statünün esaslı unsurlarının kanunla belirlenmesi kuralının Anayasa’nın 128’inci maddesi kapsamında bulunan kamu görevlilerini diğerlerinden ayıran önemli bir ölçüt olduğu ileri sürülebilir.

1.2.3.4. Kanunla Düzenlenmesi Gereken Hususların KHK ile Düzenlenmesi

Anayasa Mahkemesi içtihadına göre ise, Anayasa’da bir konunun kanun ile düzenleneceğinin belirtilmesi bu konuda KHK çıkarılmasına engel değildir.¹⁶⁰ Keza, kamu görevlilerine ilişkin pek çok konu KHK’ler ile

¹⁵⁹ Anayasa’nın 128/II hükmünde sayılan konulara ilişkin temel kuralların kanunla belirlenmesi kuralı yasama organına teferruatlı düzenlemeler yapma ödevi yüklemektedir. Bu kural, genellikle personel statüsünün ayrı bir kanun ile belirlenmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Personel statüsünün ayrı bir kanunla tespit edilmesi yanında, harcırah, sosyal güvenlik, toplu sözleşme ve mali haklar gibi belirli konular farklı personel gruplarını da kapsayacak şekilde ayrı kanunlarla da düzenlenebilmektedir.

¹⁶⁰ “Anayasa’da kanunla düzenlemesi gereğine işaret edilmiş bir alanın kanunla düzenlenmesi, genelde uyulması gereken bir kural niteliğindedir. Düzenleme, temel hak ve hürriyetler ya da bunların sınırlandırılması ile ilgili ise düzenlemenin kanunla yapılması bir Anayasa buyruğudur. Ne var ki, Anayasa’nın 91. maddesiyle münhasıran kanunla yapılması gereken düzenlemeler dışında verilen yetkiye dayanılarak Bakanlar Kulunun kanun hükmünde kararname çıkarmasına Anayasa’da engel bulunmamaktadır.

Anayasa’nın 91. maddesinde hangi konularda kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Anayasa’nın 140. maddesi, 91. maddesinin kanun hükmünde kararname çıkarılmasını yasakladığı konuları içermemektedir. Dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek oldukça güçtür. Bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmek isabetli sayılamaz.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 06/01/1987, E:1986/15–K:1987/1, 04/10/1987 tarihli ve 19594 sayılı RG).

düzenlenmiştir.¹⁶¹ Ancak yine Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre Anayasa'nın 91'inci maddesinin kapsamında olan hususlar mutlaka kanunla düzenlenmelidir. Kamu personel rejimi açısından kamu hizmetine girme hakkı ve disiplin suç ve cezaları KHK ile düzenlenemeyecek konular arasında sayılabilir.¹⁶²

Anayasa Mahkemesine göre, siyasi bir hak olan kamu hizmetine girme hakkı münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur.¹⁶³

“Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler...”in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın “Kamu hizmetlerine girme hakkı” başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenen ve “Siyasi Haklar ve Ödevler” başlıklı dördüncü bölümünde yer alan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.”

¹⁶¹ Kamu personel rejimine ilişkin çıkarılan KHK'ler ve Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.88-112.

¹⁶² Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.108.

¹⁶³ Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/11/2012, E:2011/100–K:2012/191, 22/02/2013 tarihli ve 28567 sayılı RG; Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 20/09/2012, E:2011/83–K:2012/126, 26/10/2012 tarihli ve 28803 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2012, E:2011/86–K:2012/183, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2012, E:2011/149–K:2012/187, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 20/09/2012, E:2011/101–K:2012/127, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG.

Mahkeme, disiplin suç ve cezalarını Anayasa'nın 38'inci maddesinin kapsamında görerek bu konuların KHK ile düzenlenemeyeceğine karar vermiştir.¹⁶⁴

"Burada öncelikle çözümlenmesi gereken konu disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalar kapsamında olup olmadığıdır. Genel olarak disiplin cezaları kamu görevi ile ilgili bir ceza türü olarak benimsenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır.

... Anayasa'nın, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir."

1.2.3.5. Yasa Koyucunun Dikkate Alması Gereken Anayasal İlkeler

Görevin Gerektirdiği Nitelikler Dışında Ayırım Yapılamaması İlkesi:

Çalışma hakkı ile buna bağlı sendika kurma ve dinlenme hakları 1982 Anayasası'nda sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlenmiştir. Kamu görevlilerine ilişkin ayrı bir hukuki rejimi benimseyen Anayasa, kamu hizmetine girme hakkına ise ayrı bir madde ile siyasi haklar arasında yer vermiştir.¹⁶⁵ Buradan yola çıkarak, vatandaşların siyasi yönetime katılmaları

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12–K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

¹⁶⁵ Kamu hizmetine girme hakkı 1924 Anayasası'nda beri Türk Anayasalarında yer almaktadır. 1924 Anayasası'nın 92 inci maddesi şu şekildedir: "Siyasi hakları olan her Türkün, yeterliğine ve hakedişine göre, Devlet memuru olmak hakkıdır." Hak, 1961 Anayasası ile siyasi haklar arasına alınmış ve Devlet memuriyetinden daha geniş biçimde ifade edilmiştir. 1961 Anayasası'nın 58 inci maddesi şu şekildedir: "Her Türk, kamu

için öngörülen demokratik niteliğin idari yönetime katılmaları için de öngörüldüğü ileri sürülebilir.¹⁶⁶

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde gösterilen sebeplerle sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 70'inci maddesi incelendiğinde, kamu hizmetine girme hakkının sadece görevin gerektirdiği nitelikler açısından sınırlanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, idare personel temin ederken sadece görevin gerektirdiği nitelikleri, diğer bir ifadeyle yetenek ve yeterliği kıstas olarak kabul edebilecektir. Buna göre Anayasa'nın kamunun personel temininde liyakat ilkesini benimsediği¹⁶⁷ ve kayırmacılığı önlemeyi amaçlandığı¹⁶⁸ söylenebilir.

Kamu hizmetine girme hakkının kanun önünde eşitlik ilkesiyle birlikte ele alınması gerekmektedir.¹⁶⁹ Kanun önünde eşitlik ilkesi hukuken aynı

hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez". Hak 1982 Anayasası'nda da 1961 Anayasası'ndaki halini korumuştur. 1982 Anayasası'nın 70 inci maddesi şu şekildedir: *"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* Kubbealtı Misalli Büyük Türkçe Sözlükte "görev" ve "ödev" kelimeleri "vazife" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kurallın 1961'deki halini koruduğu söylenebilir.

¹⁶⁶ Sait Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980, s.187.

¹⁶⁷ Sait Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, s.188; Abdullah Uz, **Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi**, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, S:1, Malatya, 2011, s.67; Yasin Sezer, **Kamu Hizmetine Girme Hakkı**, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, S:3-4, Konya, 2003, s.159.

¹⁶⁸ Anayasa'nın 70'inci maddesinin gerekçesinde de *"Kamu hizmetlerine girme vatandaşların en tabii hakkıdır. 1961-1980 arası, siyasi partilerin, uygulamada pek titizlik göstermedikleri bir maddedir. Prensip olarak, kamu hizmetlerine girme hakkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi aynen muhafaza edilmiştir. Ancak kamu hizmetine alınacak memur ve kamu görevlileri ile ilgili düzenlemelerde bu hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek hükümler getirilmiştir."* ifadesine yer verilerek, Madde'nin düzenlenmesindeki amaç belirtilmiştir.

¹⁶⁹ 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları esnasında İstanbul'da oluşturulan Bilim Komisyonunca hazırlanan Ön Tasarı'nın 52 inci maddesinde *"Kadın erkek her Türk, ırk, din, şahsi ve sosyal durum, siyasi ve felsefi inanç ayırımı gözetilmeksizin kamu hizmetlerine alınmasını isteme hakkına sahiptir."* ifadesine yer verilmiştir. Gereksiz tekrara yol açacağı

durumda olanlara aynı şekilde muamele edilmesini zorunlu kılmaktadır. Kamu hizmetine girme hakkı açısından ayırım sadece görevin gerektiği nitelikler üzerinden yapılabilmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesinin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir:¹⁷⁰

“Değişik merciiilerin farklı nedenlere dayanan kararlarıyla sakıncalı görülerek görev ve işlerine son verilenler bu sakıncalı durumun kaldırılmasıyla aynı hukuksal konuma getirilmiş olmaktadır. Anayasa’nın 13. maddesindeki nedenler bulunmadan aynı durumda olan bu kişilerin görev ve işe alınmalarında farklı koşullara bağlı tutulmalarını öngören itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.”

Ancak yine aynı karara göre, ilke hukuken farklı durumda olanlar için farklı yasal düzenlemeler yapılmasına engel değildir:

“Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez; kimilerinin Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle, değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz.”

Mahkemeye göre hukuki durumu farklı olanların farklı uygulamalara tabi tutulması haklı bir nedene dayanmalıdır.¹⁷¹ Kamu hizmetine girme hakkı

düşünüldükçe madde geçerliliğini koruyan haliyle düzenlenmiştir. Sait Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, s.187-188.

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, K.G. 21/05/1998, E: 1997/29– K:1998/19, 15/04/2000 tarihli ve 24021 sayılı RG.

¹⁷¹ “Birtakım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez. İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin, askerlik yükümü bakımından, bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından çok başarılı bir öğrenci ile orta

açısından haklı neden ise görevin gerektirdiği niteliklerdir. Mahkeme, yasama meclisi üyeliği görevi sona eren hakimlere ve savcılara mesleğe dönüşlerinde birtakım avantajlar sağlanmasını görevle ilgili görmemiş ve eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.¹⁷²

“İptali istenilen hükmün temeli olan yasama meclisi üyeliği etmiş bulunma niteliği, hiç bir zaman hâkimlik mesleğini ilgilendiren bir nitelik sayılamaz. Başka deyimle, bir kimsenin yasama üyeliği etmiş bulunması, onun başka isteklilerden daha verimli daha yüksek başarılı bir hâkim olmasını sağlayacak bir neden olamaz. Bu yasama meclisi çalışmaları ile hâkimlik çalışmalarının başka başka amaçları bulunan ve başka başka yönlerden gelişen çabalar bulunmasının tabii bir sonucudur. ... [Düzenlemenin] amacının..., hâkim veya savcılarının içinden yasama meclisi üyesi olmak isteyenlere cesaret vermek ve böylelikle adalet mesleğinden birçok kişilerin yasama meclislerinde yer almasını gerçekleştirmektir. Kanunun temeli olan bu görüşün, Kanunu teklif ve kabul edenlerin ereklerine göre, hâkimlik mesleğinin güçlendirmesi ile veya onun gerekli kıldığı niteliklerle bir ilişkisi bulunmadığı dahi açıktır.”

Başka bir kararda ise, kısıtlamanın görevle ilgili olması yeterli görülmemiş, amaca ve ülke gerçeklerine de uygun olması ve hakkın özünü zedelememesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁷³

başarılı bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından; başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, haklı nedenlerin sonucudur. İptal konusu Kanun ile korunan kişiler yararına, sırada bekleyen başka kimselerin hakkı çiğnenmekle bir eşitsizlik doğmuş olmaktadır, yalnız bu eşitsizlik haklı nedene dayanmakta ise, bundan önce belirtildiği üzere, Kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu olamaz.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/11/1966, E: 1966/11– K:1966/44, 27/12/1967 tarihli ve 12787 sayılı RG).

¹⁷² Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/11/1966, E: 1966/11– K:1966/44, 27/12/1967 tarihli ve 12787 sayılı RG.

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, K.G. 11-14 ve 25/02/1975, E: 1973/37– K:1975/22, 03/12/1975 tarihli ve 15431 sayılı RG.

“Anayasa’nın 58. maddesine göre kamu hizmetine alınanlar hakkında kanunla kimi nitelikler öngörülebilir. Ancak bu nitelikler, hizmetin gereklerine uygun olmalıdır. Öğretim üyeliği mesleği için hazırlanma ve yetiştirme bakımından, akademik unvanların ilki olan doktorluk ve uzmanlığın, asistanlık görevi ile olan yakın ilişkisi ortadadır.

... Özetlenecek olursa; asistanlığa atanabilmek için “görev alacağı bilim dalında doktora veya tıpta uzmanlık diploması almış olmak” koşulu, üniversite öğretim üyeliği mesleğinin daha ilk basamağında gereksiz, amaca aykırı bir kısıtlama ile hakkın özünü zedelemekte[dir].”

Ancak, yeterlik koşulunu sağlamak adına bazı görevlere atanmanın belirli bir kıdeme¹⁷⁴ ya da daha önceden belirli görevlerde bulunmuş olmaya¹⁷⁵ bağlanması mümkündür.

Öte yandan, Mahkemeye göre kamu hizmetine girecek kişilerden görevin gerektirmesi halinde, bazı kişilik özelliklerini taşımalarının beklenmesi ve özel hayatlarına ilişkin bazı kısıtlamalar getirilebilmesi de mümkündür.¹⁷⁶

¹⁷⁴ “[K]ural, Devlet görevlilerinin atanmalarında genellikle aranan koşullar içinde meslek kıdemi koşulu ile kazanılmış aylık derecesi koşulundan vazgeçilerek atanmalar yapılabilmesini ve atanacak kişiye kadro aylığının kazanılmış hak sayılmaksızın ödenmesini öngörmektedir. Maddede sayılan işlerin özellikleri böyle ayrık bir kuralı haklı gösterebilir ve zorunluk dolayısıyla bunda kamu yararı bulunduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, Anayasa’nın 58. maddesi kamu hizmetine girmekte yeterlik koşulunu temel tutmuştur; bu koşulu oluşturan nitelikler arasında kıdemle kazanılmış aylık derecesinin, ilke olarak bulunduğu açıktır; ancak pek istisnâ durumu ve özel niteliği olan kimi görevler için bu ilkelere ayrık kurallar konulması, Anayasa’ya aykırı sayılmayabilir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 23-25/10/1969, E: 1967/41–K:1969/57, 12/03/1971 tarihli ve 13776 sayılı RG).

¹⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 13/12/1995, E:1995/11–K:1995/63, 09/10/1996 tarihli ve 22782 sayılı RG.

¹⁷⁶ “Görülüyor ki uzman jandarmalardan disiplinli örnek asker olmaları; resmi veya özel alanda şerefli, haysiyetli, dürüst bir hayat sürmeleri titizce istenmekte, beklenmektedir. Böyle bir titizlik yerindedir ve bunların gördüğü kamu hizmetinin gereği olduğu için de zorunludur.

Çünkü genel güvenlik ve asayışı korumak, kanun ve nizam hükümlerinin yerine getirilmesini sağlamak ve bunlara dayanan hükümet buyruklarını yerine getirmek gibi ağır, önemli bir görevi ve o görevle birlikte onun yetki ve sorumlarını üzerine almış; çoğu kez sapa tenha yerlerde sürekli denetim ve gözetimden uzak kendi başlarına iş görmek durumunda bulunan kimselerde elbette kişisel ve mesleki birtakım seçkin nitelik ve yetenekler aranması ve bunların belirli bir güvenilirlik ve saygınlık seviyesinde tutulmaları gerekir.

Ancak bu gibi kısıtlamalara başvurulabilmesi için görev ve kısıtlama arasında nesnel ve zorunlu bir ilişki bulunması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, genel veya kişisel yargılarla kamu hizmetine girme hakkının kısıtlanması mümkün değildir. Kısıtlamanın, objektif olarak görevle bağlantılı olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında bazı görevlerde çalışacakların yabancı ile evli olamayacağı yönünde bir kısıtlama getirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmayacağını ancak tüm görevlerde böyle bir şartın aranmasının eşitlik ilkesini zedeleyeceğine hükmetmiştir.¹⁷⁷ Yine konuya ilişkin başka bir

Anayasa'daki "kanun önünde eşitlik" ilkesi incelenirse görülür ki Anayasa'nın mutlak olarak yasakladığı, yurttaşlara kanun karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine siyasi düşüncelerine, felsefi inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre ayrımlı davranılmasıdır. Bunların dışında kanun önünde eşitlik ancak nitelikte benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlilik oranında söz konusu olabilir. Kanun önünde eşitlik kavramı tüm yurttaşların behemahal her yönden her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun karşısında eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez. Jandarma'nın gördüğü esas kamu hizmeti dolayısıyla, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin öteki kesimlerinde yer almış olanlardan ne denli ayrımlı, değişik bir durumda bulunduğu yukarıda örnekler verilerek ayrıntıları ile açıklanmıştır. Şu nedenle de bunların öteki asker kişilere göre birtakım değişik kurallara bağlı tutulmaları olağandır. Onun için itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu düşünülemez. Öte yandan bir uzman jandarmanın Askeri Ceza Kanununun 85. maddesinin I sayılı bendinde yazılı suçtan hüküm giymesi bir bakıma kamu hizmetinin gerektirdiği bir niteliği yitirmesi ve o yüzden de kaydının silinmesi demektir. Kamu hizmetlerinde görevin gerektirdiği nitelikler dolayısıyla hizmete alınacaklar arasında ayırım gözetilebilmesinin Anayasa'nın da benimsediği bir kural olduğu unutulmamalıdır (Madde 58/2).

Özetlenecek olursa, itiraz ve inceleme konusu kural Anayasa'nın ne 12. maddesine ne de herhangi bir başka ilkesine aykırı değildir. İtirazın reddedilmesi gerekir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/12/1973, E: 1973/21– K:1973/36, 26/02/1974 tarihli ve 14811 sayılı RG).

¹⁷⁷ "Yabancılarla evli bulunmama şartını, bazı kamu hizmetlerinde görevin gerektirdiği bir nitelik saymak yerinde olur. Meselâ askerlik, Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri hizmetlerde kamu güvenliğinin gereği olarak önemli devlet sırlarının korunması bakımından bu türlü bir sakinlik tedbirine başvurulması zaruri görülebilir. Böyle bir hüküm, Anayasa'nın 58 inci maddesindeki temel hukuk kuralına aykırı düşmez. Ancak dâva ve inceleme konusu (Z) fıkrasındaki şart, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıttır. Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlandırmakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasa'nın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasa'nın 58 inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/05/1963, E: 1963/205– K:1963/123, 14/08/1963 tarihli ve 11480 sayılı RG).

kararında ise, yabancı ile evli olmama şartının hakimlik mesleğinin bir şartı sayılamayacağına karar vermiştir.¹⁷⁸

Yine, Mahkemeye göre görevin gerektirmesi halinde hizmete alırken cinsiyet ayrımı yapılması da mümkündür.¹⁷⁹ Ancak, böyle bir kısıtlama çok dar yorumlanmalı ve görev gerekleriyle kısıtlama arasında nesnel bir bağ kurulmalıdır.¹⁸⁰

¹⁷⁸ “Anayasa, ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki ve bağ olduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiç bir nedenin gözetilmiyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev - nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla konulan nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan, nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir.

[Düzenlemenin], günün siyasal ve ahlâki değer yargılarının etkisiyle yasalarda yer aldığı ve özellikle Devlet sırlarının korunması kaygısından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Oysa yabancı ile evli olmamanın, hâkim adaylığı görevinin gerektirdiği bir nitelik sayılması olanaksızdır. Günümüzün değer yargıları, bir hâkim adayının yabancı ile evlenmiş olmasını, hâkimlik mesleğinin onurunu yok eden veya ona gölge düşüren ya da hâkime karşı güvensizlik duyulmasını gerektiren ve böylece hâkimlik mesleğinin saygınlığını azaltan ya da yitiren bir durum saymaya olanak vermemektedir.

Öte yandan söz konusu niteliği, Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez. Nitekim [askerler ve Devlet memurları için getirilen benzer kısıtlamaların yürürlükten kaldırılması], yasa koyucunun Devlet sırlarını görevleri gereği yakından bilme ve öğrenme olanağı olan kamu görevlilerinin yabancılarla evlenmelerini olağan gördüğünü ve bu durumu, bir ödev niteliği olarak değerlendirmedeğini açıkça ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalar karşısında, hâkim adaylarının yabancılarla evlenmelerini ödevin gereği bir nitelik biçiminde sayılmasını zorunlu kılan haklı bir nedenin bulunmadığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 09/10/1979, E: 1979/19–K:1979/39, 16/01/1980 tarihli ve 16871 sayılı RG).

¹⁷⁹ “[Düzenlemede] yer alan (Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur) şeklindeki hüküm, ilk bakışta eşitlik prensibine aykırı gibi görünürse de kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmaması, bu prensibi zedeliyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmadığı (...) karar altına alınmıştır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 25/10/1963, E:1963/148–K:1963/256, 25/10/1963 tarihli ve 11652 sayılı RG).

¹⁸⁰ “Hemşirelik mesleğinin icrası bakımından kadınlar ve erkekler aynı hukuki konumda bulunduklarından, hemşire unvanının yalnızca kadınlara verilmesini ve hemşirelik sanatının yalnızca kadınlar tarafından yapılabilmesini öngören itiraz konusu kurallar, cinsiyet

Sınırlamanın kamu hizmetine egemen olan ilkelere dayanması halinde ise genel sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Örneğin, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, kamu görevlilerine getirilen kısıtlamaların gerekçesi olabildiği gibi kamu hizmetine alınmaya ilişkin kısıtlamaların da gerekçesi olabilmektedir.¹⁸¹

Kişilerin özel durumlarının göreve ilişkin kısıtlamalara konu olması yanında, hizmete alınmalarına sebep teşkil ettiği durumlar da bulunmaktadır.¹⁸² Bu uygulamalar Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçmemiş olmakla birlikte, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yapılan değişiklikler dikkate alındığında genel olarak eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği söylenebilir.¹⁸³ Buna karşın Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve

ayrımcılığına yol açmakta ve eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 23/07/2009, E:2006/166–K:2009/113, 19/03/2010 tarihli ve 27526 sayılı RG).

¹⁸¹ “Kamu hizmetinin kesilmeden, aksamadan yürütülmesi gerekir. Memurun her şeyden önce, böyle pürüzsüz, verimli bir işleyişi sağlayacak nitelikte olması, şarttır. Askerlikle yükümlü olduğu halde bu yükümün gereklerini henüz yerine getirmemiş bir kimse kamu hizmetine alınırsa durum şu olur: Memur, kısa bir süre sonra, görevine henüz alışmış, işini kavramış üzere bulunmuş olduğu bir sırada askere gitmek için hizmetten ayrılır, İdare bunun yerine bir başkasını aramak, bulmak durumuna düşer. Yeni memurun da, askerliğini yapmamış olması halinde, bir tecrübesizlik süresinden sonra, verimli bir duruma gelmek üzere iken, hizmetten ayrılması ve yerinin yeniden boş kalması sonucu doğar. Kanun yoluyla önlenememiş bulunduğu takdirde böyle bir halin sürüp gitmesi beklenir. Kamu hizmeti kesilmeden, aksamadan yürütülemez olur.

Öyle ise (...) askerlik hizmetini yerine getirmiş olmak şartı kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik; kişiliğe bağlı, Anayasa'nın 12 nci maddesinde ifadesini bulan, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeler bir ayırım, bir imtiyaz değildir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/05/1963, E: 1963/205– K:1963/123, 14/08/1963 tarihli ve 11480 sayılı RG).

¹⁸² Devlet memuru kadrolarında asgari engelli istihdam oranını belirleyen 657 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi, terör mağdurlarının ve yakınlarının kamu hizmetine alınmalarına ilişkin 3713 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesi ve yetiştirme yurtlarından faydalananların Devlet memuru olarak atanmasına imkân veren 2828 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesi bu uygulamalara örnek gösterilebilir. Engellilere yönelik uygulamada, engel gruplarına göre yarışma sınavları yapılmakta ve başarılı olanlar memur kadrolarına atanmaktadır. Diğer iki uygulamada ise 657 sayılı Kanunun 48 inci maddesinde belirtilen genel koşulları taşıyanlar sınavsız olarak kura yöntemiyle atanmaktadır.

¹⁸³ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: “Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”

Hüküm incelendiğinde engelliler ile terör mağdurları ve yakınlarına ilişkin düzenlemelerin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı görülmektedir. Ancak, 2828 sayılı Kanun

hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın ve yalnızca ilgili Anayasa maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 70'inci maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına görevin gerektirdiği nitelikler dışında bir sınırlandırma getirilmesi mümkün değildir. Dezavantajlı bazı grupların kamu hizmetlerine özel usullerle alınmalarının hizmetin bir gereği olduğunu söylemek güçtür. Dolayısıyla sosyal niteliği ağır basan alımlar eşitlik ilkesine ters düşmemekle birlikte Anayasa'nın 70'inci maddesine uygun bir sınırlama sebebi değildir.

Öte yandan 70'inci maddede kamu hizmetine girme hakkının kapsamına ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Yukarıda incelenen Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alındığında, Devlet memurları yanında hakimlerin ve savcılarının, askeri personelin, öğretim üyelerinin de kamu hizmetine girme hakkının kapsamında olduğu görülmektedir. Ancak, hak yanında, yeterlik ve liyakat ilkelerini de içeren 70'inci maddenin kapsamının bu personel gruplarından ibaret olduğunu söylemek de mümkün değildir. Madde, kamu personel rejiminin dayandığı temel bir hüküm niteliğindedir.¹⁸⁴ Dolayısıyla, yeterlik ve liyakat ilkeleri kamuya yapılacak tüm personel alımlarında dikkate alınmalıdır.

hükümlerinden faydalananlar çocuklar değil, çocukluğunda yetiştirme yurtlarından faydalananlardır. Dolayısıyla, 2828 sayılı Kanununun ek 1 inci maddesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülebilir.

¹⁸⁴ Sait Güran, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, s. 187-188

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi kamu hizmetine girme hakkının, yürüttüğü faaliyet kamu hizmeti niteliğinde olsa dahi serbest meslek mensuplarını kapsamadığına hükmetmiştir.¹⁸⁵

“[70.] madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası’nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasa koyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa’nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez.”

Kararda “hak”, Devlet memuriyetine girme hakkı olarak dar biçimde ele alınmıştır. Ancak, burada dikkat çekilmek istenen, avukatlık mesleği ile idare hukuku esasları çerçevesinde istihdam edilen kamu görevlileri arasındaki farklılıktır. Dolayısıyla, hakkın sadece Devlet memuriyetine girme hakkında ibaret olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁸⁶

Spesifik İlkeler:

Anayasa’da bazı kamu görevlileri ve kurumları için özel düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa’nın 130’uncu maddesinde akademik özerklik, 133’üncü maddesinde Devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulan radyo, televizyon ve haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı¹⁸⁷,

¹⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/06/2003, E:2002/8–K:2003/47, 19/12/2003 tarihli ve 25321 sayılı RG.

¹⁸⁶ 1924 Anayasası’nda Devlet memuru olma hakkına yer verilmişken, 1961 ve 1982 Anayasalarında kamu hizmetine girme hakkına yer verilmiştir.

¹⁸⁷ “TRT Kurumunun yürütme organı olan ve 13. maddesinde de kurumu temsil edeceği ve yöneteceği belirlenen genel müdürün, ücreti ve ikramiyesi dahil her türlü malî ve sosyal haklarının belirlenmesi işinin, yürütmenin bir organı durumunda bulunan ve politik bir kuruluş niteliğinde olan Yüksek Planlama Kurulu’na bırakılması, yansızlık ilkesiyle bağdaşmaz.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 01/02/1990, E:1988/64–K:1990/2, 21/04/1990 tarihli ve 20499 sayılı RG).

140'ıncı maddesinde ise hakimlik teminatı düzenlenmiştir. Yasama organının, bu alanlarda görev yapacak personele ilişkin düzenleme yaparken Anayasa'da yer verilen bu ilkeleri de dikkate alması gerekmektedir.

2. KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMININ SOMUTLAŞTIRILMASI

İdare hukuku açısından “*kamu görevlileri, bir kamu tüzel kişisi tarafından bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir.*”¹⁸⁸ Bu tanımdan yola çıkarak, özel hukuk hükümleri çerçevesinde istihdam edilen personel dışında kalan personelin kamu görevlisi olduğu söylenebilir. Kamu hizmetine bir meslek olarak katılanların yanında, arızı olarak katılan personel¹⁸⁹ de bu tanım çerçevesinde kamu görevlisi olarak kabul edilebilir. Tanıma göre bir istihdam ilişkisi olması ve bu istihdam ilişkisinin kamu hukukuna dayanması kamu görevlisi sayılmak için yeterlidir.

Buna karşın kamu görevlisi kavramı farklı kapsamlarda kullanılabilmektedir. Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrası ile genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilerek asgari bir kapsam belirlenmiştir. İkinci fıkrası ile de bu kapsamdaki personelin statüsünün kanun ile belirlenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. İstikrar kazanmış içtihat ise görevin sürekliliği ile personelin sürekliliği arasında bir bağ kurmuştur. Dolayısıyla 128’inci madde kapsamındaki kamu görevlileri, statüsünün çerçevesi ve esaslı unsurları kanun ile çizilmiş, kamu hizmetine sürekli olarak katılan personeldir. Çalışmanın amacı doğrultusunda 1982

¹⁸⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt:II, s.637.

¹⁸⁹ Kubbealtı Misalli Büyük Türkçe Sözlükte istihdam kelimesi “*Bir hizmette kullanma, bir işte çalıştırma*” olarak, personel kelimesi ise “*Bir devlet kuruluşunda, bir iş yerinde çalışan kimselerin bütünü*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla istihdam ilişkisinin personele has olduğu ve milletvekilleri, bakanlar, yönetim kurulu üyeleri vb. kimselerin kamu ile ilişkilerinin istihdam ilişkisi olmadığı ve idare hukuku anlamında kamu görevlisi sayılamayacakları ileri sürülebilir.

Anayasası'nın 128'inci maddesinin kapsamı bu bölümde somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

2.2. STATÜTER PERSONEL

2.2.3. Devlet Memurları

Devlet memurları kamu görevlileri arasında belirli ve önemli bir grubu teşkil etmektedirler. Anayasa'da *"memurlar ve diğer kamu görevlileri"* ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, memurların Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamında olduğu açıktır.

1982 Anayasası'ndan önceki Türk Anayasalarında kamu personeline ilişkin ilkeler düzenlenirken sadece *"memurlar"* ifadesine yer verilmiş ve memur kavramı genel olarak statüter personeli işaret etmek için kullanılmıştır. 1961 Anayasası döneminde, hakimler, savcılar, akademik ve askeri personel genel memur statüsünden ayrılmış, 1965 yılında yasalaşan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'yla (DMK) farklı memur statüleri¹⁹⁰ ortadan kaldırılarak genel bir Devlet memurluğu statüsü oluşturulmuştur.¹⁹¹

¹⁹⁰ Aynı nitelikteki personelin farklı düzenlemelere tabi tutulması Devlet Memurları Kanunun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: *"Öte yandan, teknik gelişmeler, iktisadi ve sosyal ilerlemeler yeni idari kuruluş tiplerinin meydana getirilmesini zaruri kıldıkça veya eski kuruluşları zamanın şartlarına uydurmayı gerektirdikçe, yerleşmiş ücret rejiminin imkânları türlü yollardan zorlanmış veya açıkça bu rejimin ve sistemin dışına çıkmıştır, öyle ki, bütün idari mekanizma içinde, aynı mahiyette işler gördükleri halde çok farklı malî haklardan faydalanan, farklı çalışma şartlarına tabi tutulan suni kategoriler meydana gelmiş, Devlet, gitgide artan çeşitli personel ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla, bazen kendi kurduğu sistemi kendi eliyle bozmak veya gediklerinden faydalanmak zorunda kalmıştır."* (Başbakanlığın 07/09/1964 tarihli ve 71-2200/3844 sayılı yazısı.)

¹⁹¹ Onur Ender Aslan, **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri, Tarihi ve Toplumsal Temelleri**, TODAİE Yayın NO:330, Ankara, 2006, s.346.

DMK'nin 4/A maddesine göre, *“Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.”* Bu düzenleme, “genel idare esasları”, “asli ve sürekli” gibi ifadeleri içermesi bakımından 1961 Anayasası'nın 117'nci maddesini ve 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesini anımsatmaktadır. Ancak, Anayasa'dan farklı olarak “asli ve sürekli” ifadesi görevleri değil kamu hizmetlerini niteler biçimde kullanılmıştır. DMK, memurluk statüsünü Anayasa'da belirlenen asgari sınırdan çok daha geniş bir kapsamda ele almaktadır.¹⁹²

Mevcut haliyle DMK'de on farklı memur sınıfı bulunmaktadır. DMK'nin 36'ncı maddesine 1988 yılında eklenen hüküm ile yardımcı hizmetler sınıfındaki¹⁹³, 2003 yılında eklenen hükümle ise sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfındaki¹⁹⁴ memurların yürüttüğü görevlerin hizmet alımı

¹⁹² Özyörük, bir kanunun Anayasa'yı bu şekilde genişletemeyeceğini savunmuştur. (Mukbil Özyörük, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972-1973, s.114.) Anayasa'da kamu görevlisi istihdam edilmesi zorunlu asgari bir alan tespit edilmiş olmakla birlikte, bu sınırın üzerinde bir alanda kamu görevlisi istihdam edilmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla 657 sayılı Kanunun daha geniş bir alanda memur istihdamını öngörmesinin yerindeliği tartışılabilir olmakla birlikte Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek güçtür.

¹⁹³ 318 sayılı KHK'nin 1 inci maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 36 ncı maddesinde Yardımcı Hizmetler Sınıfı başlığı altına eklenen ifade şu şekildedir: *“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür.”*

¹⁹⁴ 4924 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 36 ncı maddesinde Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı başlığı altına eklenen ifade şu şekildedir: *“Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir.”* Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2007, E:2004/114 – K:2007/85, 24/12/2007 tarihli ve 26736 sayılı RG). Karahanoğulları, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi kararının yeterli hukuki dayanağı bulunmadığı görüşündedir. (Bkz. Onur Karahanoğulları, **Eksik İmtiyaz**, s.206-208.).

yöntemiyle üçüncü kişilere gördürülmesi olanaklı hale gelmiştir. Memurlarca yürütülen birtakım görevlerin üçüncü kişilerce de yerine getirilebilmesi memur statüsünün Anayasa’da belirlenen asgari sınırdan daha geniş biçimde düzenlendiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

DMK, memurluğa alınma, memuriyetin sona ermesi, memurların hak, yükümlülük, atanma ve aylıkları gibi konulara ilişkin usul ve esaslara dair genel çerçeveyi çizmiştir. Bunun yanında DMK’de, çeşitli konuların Bakanlar Kurulu Kararıyla¹⁹⁵ yürürlüğe konulacak yönetmeliklerle düzenleneceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu yönüyle DMK’nin düzenleyici işlemlere önemli bir alan bıraktığını söylemek mümkündür.¹⁹⁶ Kanunda temel esasları belirlenerek genel çerçevesi çizilmiş bir konunun uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin detaylarının, düzenleyici işlemlerle belirlenmesi mümkün ve olağandır.¹⁹⁷ Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen bazı konuların ise doğrudan uzmanlık ve yönetim tekniğiyle ilişkili kabul edilerek idarenin düzenlemesine bırakılması mümkündür.¹⁹⁸ Ancak, Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konuların, temel esasları

¹⁹⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 2 inci maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulur.*”

¹⁹⁶ Bu husus Kanunun genel gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “*Önemle belirtilmesi gereken bir başka nokta, sunulan tasarının, birçok bakımdan personel rejimindeki esasları, temelleri, ana yönleri gösteren ve teferruat noktalarında idareye düzenleme yetkisi tanıyan bir «Yetki Kanunu» mahiyetinde oluşudur.*” (Başbakanlığın 07/09/1964 tarihli ve 71-2200/3844 sayılı yazısı.)

¹⁹⁷ Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 21 inci maddesinde memurların şikayet, müracaat ve dava açma hakları olduğu belirtilmiş, ayrıca şikayet ve müracaatların yazılı ve sözlü olarak, en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Madde, hakkı ve hakkın kullanımına ilişkin temel usul ve esasları belirledikten sonra esas ve usullerin yönetmelikle belirleneceğini belirterek idareye düzenleme alanı bırakmıştır.

¹⁹⁸ Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 214 üncü maddesinde Devlet memurlarının yetişmelerini sağlamak, verimliliğini artırmak ve daha ileriki görevlere hazırlamak amacıyla uygulanacak hizmet içi eğitimlerin hazırlanacak yönetmelik dahilinde yürütüleceği, 216 ncı maddesinde ise eğitim birim ve merkezlerinin kuruluş ve işleyişlerinin yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir.

belirlenmeden idarenin düzenlemesine terk edilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelebilir.

Örneğin, DMK'nin 50'nci maddesinin birinci fıkrası ilk defa Devlet memuru olarak atanacakların açılacak sınavlara girmelerini ve bu sınavlarda başarı göstermeleri kuralını getirmektedir.¹⁹⁹ Maddenin ikinci fıkrası ise sınavlara ilişkin hiçbir esas getirmeksizin konunun yönetmelikle düzenlenmesini öngörmekte, hatta yönetmelikte belirlenecek görevlere sınava tabi tutulmadan atama yapılmasına da imkân tanımaktadır.²⁰⁰ Hâlbuki DMK'de sınav şartından muaf tutulan istisnai memurluklar (m.59), istisnai memurluklara atanacaklarda aranacak şartlar (m.60) ve istisnai memurlara uygulanacak kurallar (m.61) belirlenmiştir. Dolayısıyla, idareye sınavların yapılış usulüne ve sınavlarda geçerli ilkelere ilişkin hiçbir sınırlama getirilmeksizin²⁰¹, hatta sınav şartını kaldırmayı da olanaklı kılan bir düzenleme alanı bırakılması Anayasa'nın 70'inci ve 128'inci maddeleri açısından tartışmalıdır.

Buna karşın, 2011 yılında DMK'ye eklenen ek 41'inci maddeyle kamuda uzman istihdamı yasal düzeyde düzenlenmiş ve uzman yardımcıları için düzenlenecek yarışma sınavlarına katılacaklarda aranacak şartlar,

¹⁹⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 50'nci maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"Devlet kamu hizmet ve görevlerine Devlet memuru olarak atanacakların açılacak Devlet memurluğu sınavlarına girmeleri ve sınavı kazanmaları şarttır."*

²⁰⁰ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 50'nci maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: *"Sınavların yapılmasına dair usul ve esaslar ile sınava tabi tutulmadan girilebilecek hizmet ve görevler ve bunların tabi olacağı esaslar Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir genel yönetmelikle düzenlenir."*

²⁰¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 51'inci maddesi sınav sonuçlarının duyurulmasına ve sınavların geçerlilik süresine ilişkin kurallar getirmektedir. Buna karşın sınavların yapılışına, sınavlara katılabileceklerle ve sınavların değerlendirilmesine dair bir kural bulunmamaktadır.

sınavların yapılış usulü ve değerlendirilmesi ana hatlarıyla belirlenmiştir.²⁰²

Dolayısıyla, idare kanunda belirlenen usul ve esaslara uymak kaydıyla düzenleme yapabilecektir.²⁰³ Mevcut haliyle DMK, genel olarak memur statüsüne girişi büyük ölçüde idarenin düzenlemesine bırakmışken, memur statüsü içerisinde görece küçük bir grubu oluşturan uzman yardımcılarının mesleğe alınmasını detaylı biçimde düzenlemiştir.

²⁰² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun ek 41'inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şu şekildedir: *"Uzman yardımcılarını mesleğe özel yarışma sınavı ile alınır. Uzman yardımcılığı giriş sınavı merkezi sınav sonuçlarına göre; yazılı ve sözlü sınav veya yalnızca sözlü sınavdan oluşur. Öğrenim dalları itibarıyla belirlenecek uzman yardımcılığı kadrolarına giriş sınavı için, eleme sınavı sonucunda aranacak puan türleri, taban puanları ve sınavda alınan başarı derecelerine göre çağrılacak aday sayısı tespit edilerek, giriş sınavı duyurusuyla ilan edilir. Ancak, giriş sınavına çağrılacak aday sayısı, atama yapılacak kadro sayısının yirmi katından, yalnızca sözlü sınav yapılması hâlinde sözlü sınava çağrılacak aday sayısı giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katından fazla olamaz. Yazılı sınav, kurumun görev alanına göre yönetmelikle belirlenen konulardan yapılır. Yazılı sınav sonucunda yetmiş puandan az olmamak üzere, en yüksek puandan başlanarak giriş sınavı duyurusunda belirtilen kadronun dört katına kadar aday sözlü sınava çağrılır. Sözlü sınav, adayların;*

- a) Sınav konularına ilişkin bilgi düzeyi,
- b) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü,
- c) Liyakati, temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu,
- d) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığı,
- e) Genel yetenek ve genel kültürü,
- f) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı,

yönlerinden değerlendirilerek, ayrı ayrı puan verilmek suretiyle gerçekleştirilir.

Adaylar, komisyon tarafından üçüncü fıkranın (a) bendi için elli puan, (b) ile (f) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için onar puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. Bunun dışında sözlü sınav ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz. Sınav komisyonu, kurum içinden veya dışından yönetmelikle belirlenen kişilerden oluşur. Sözlü sınavda başarılı sayılmak için, komisyon başkan ve üyelerinin yüz tam puan üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır. Başarı puanı en yüksek olan adaydan başlanmak suretiyle giriş sınavı duyurusunda belirtilen uzman yardımcısı kadro sayısı kadar asıl adayın isimleri ilan edilir. Yapılan sınavlarda başarılı olmak şartıyla, giriş sınavı duyurusunda belirtilen uzman yardımcısı kadro sayısının yarısını geçmemek üzere komisyon tarafından belirlenen sayıda yedek adayın isimlerini kapsayan bir liste belirlenerek ilan edilir."

²⁰³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun ek 41'inci maddesinin altıncı fıkrası şu şekildedir: *"Uzman ve uzman yardımcılarının mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yarışma sınavı, tez hazırlama ve yeterlik sınavı ile uzman ve uzman yardımcılarıyla ilgili diğer hususlar, Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumlarınca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir."*

2.2.4. Subaylar ve Astsubaylar

Subaylar ve astsubaylar, 1982 Anayasası öncesinde memur kavramının geniş yorumuna dâhil kabul edilmişlerdir.²⁰⁴ Buna karşın, subay ve astsubay statüsü, 1961 Anayasası öncesindeki dönem de dâhil olmak üzere genel memur statüsünden ayrı olarak özel yasalarla düzenlenmiştir.²⁰⁵

Subay ve astsubay statüleri genel olarak 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile düzenlenmiştir. Ancak, askeri personele ilişkin sınıflandırmaya bu Kanunda değil 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda yer verilmiştir.²⁰⁶ 211 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine göre subay *"Hususi kanuna göre Silahlı Kuvvetlere intisabeden asteğmenden mareşala (Büyük amirale) kadar rütbeyi haiz olan askerdir."* Astsubay ise *"Hususi kanununa göre Silahlı Kuvvetlere katılan astsubay çavuştan astsubay kıdemli başçavuşa kadar rütbeyi haiz olan askerdir."*

Başta görev ve yetkiler olmak üzere askeri personel statüsüne ilişkin önemli bazı konular da yine 211 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Ayrıca, askeri personelin disiplin işlemleri de 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla, subay ve astsubay statüleri incelenirken 926 sayılı Kanun'un yanında 211 sayılı ve 6413 sayılı Kanunların da dikkate alınması gerekmektedir. Askeri personel için getirilen özel düzenlemeler yanında 926 sayılı Kanun'da çeşitli konularda DMK'nin ilgili maddelerine de atıf yapılmıştır. Dolayısıyla, subay ve astsubay

²⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/11/1969, E:1968/44-K:1969/68, 22/07/1970 tarihli ve 13556 sayılı RG.

²⁰⁵ Onur Ender Aslan, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.51.

²⁰⁶ İpek Özkan Sayan, Türkiye'de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C:64, S:1, Ankara, 2009, s.210.

statülerine ilişkin esaslı unsurların yasa düzeyinde düzenlendiğini söylemek mümkündür.

İlgili mevzuatta subaylık ve astsubaylık birer meslek olarak düzenlenmiş, bu statülerde görev yapacak kişilerin kamu hizmetine sürekli olarak katılmaları öngörülmüştür. Sonuç olarak, subaylar ve astsubaylar Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında kamu görevlileridir.

2.2.5. Hakimler ve Savcılar

Hakimlerin ve savcılarının statüleri ve idare ile ilişkileri önemli bir tartışma alanı olagelmıştır. Özellikle, 1924 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönem hakimler ve savcılar ile Devlet memurları arasında belirgin bir fark bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰⁷ 1961 Anayasası'nda ise hakimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı gibi ilkeler güçlendirilmiştir. Bunun yanında, Yüksek Hakimler²⁰⁸ ve Yüksek Savcılar²⁰⁹ Kurullarının ihdasıyla da hakim ve savcılarının personel yönetimi ayrıştırılmıştır.²¹⁰ Dolayısıyla hakimlik teminatı

²⁰⁷ Yener Ünver, Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, **İÜHF**M, Cilt 53, Sayı 1-4, İstanbul, 1988-1990, s.171.

²⁰⁸ 1961 Anayasası m.143-144.

²⁰⁹ 1961 Anayasası m.137.

²¹⁰ Anayasa Mahkemesi bir kararında 1961 Anayasası ile getirilen yenilikleri şu şekilde özetlemiştir: *"Kuvvetler birliği ilkesi esas alınan 1924 Anayasası'nda yargıya ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmadığı gibi, yargının yasamaya ve yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlayacak kural ve kurumlara da yer verilmemiştir. Bunun sakıncalarının görülmesi üzerine 1961 Anayasası'nda yargı bağımsızlığını tüm gerekleriyle gerçekleştirme konusuna büyük önem verilmiştir. "Yargı" (m.7) "yasama" (m.5) ile eş değerde tutulmuş, "yürütme"nin (m.6) "görev" sayılmasına karşın, yasama ve yargı "yetki" olarak nitelendirilmiştir. Temsilciler meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesine göre; "Hukuk devletin temel unsuru bütün Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Bu uygunluğu sağlayacak organ yargıdır. Tasarı bütün Devlet faaliyetlerinin kaideler hiyerarşisi içinde kazai murakabeye tabi tutmuş bulunmaktadır. Kazai denetimi yapacak organların bağımsızlığı bu denetimin ciddiyet ve müessiriyetinin şartıdır. Bu bakımdan, hâkimler ve mahkemeler üzerinde her çeşit tesirleri bertaraf edici hükümler tasarıya konulmuş, mahkemeler yürütme ve yasama organı karşısında tamamiyle bağımsız hale getirilmiş, hâkimlerin her türlü hakları teminat altına alınmış ve bu maksatla bir Yüksek Hâkimler Şurası kurulmuştur."* (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/04/1993, E:1992/37–K:1993/18, 12/10/1995 tarihli ve 22431 sayılı RG).

ve yargı bağımsızlığı ilkeleri çerçevesinde hakim ve savcı statülerinin genel memur statüsünden farklılaştırıldığı söylenebilir.²¹¹

Buna karşın, 1961 Anayasası'nın kamu personel rejimine ilişkin temel düzenlemesi olarak nitelenebilecek 117'nci maddesinde sadece “memur” ifadesi yer almıştır. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde hakimlerin “memur” kavramı karşısındaki durumlarını incelemiş, memur kavramının hakimleri kapsamaktaki yetersizliğini vurgulamıştır.²¹² Buna karşın, aynı kararda memur kavramının geniş yorumunun hakimleri de kapsadığı ifade edilmiştir:

“Genel, salt ve yuvarlak bir tanımlama ile “memur” kavramını “kamu hizmetleri görevlileri” gibi bir deyimle karşılamak ilk bakışta mümkün ve akla yatkın görülebilir. “Hâkim” deyiminin böyle bir kavramın içinde yeri olabileceğinde de kuşku yoktur. Bu genişlikte bir yorum, tabiatıyla subayları da “memur” kavramının kapsamı içinde görmek zorundadır.”

Kararda “memur” kavramının idari hiyerarşiyi içerdiği²¹³, hakimlerin ise idari hiyerarşi içerisinde olmadıkları ifade edilmiştir. Bu nedenle “memur” kavramının geniş anlamda kullanımının hakim statüsünü açıklamakta yetersiz kaldığı belirtilmiş ve karşılık olarak “kamu hizmetleri görevlileri” veya benzeri bir kavram önerilmiştir. Mahkeme, 1977 yılında verdiği bir diğer

²¹¹ Onur Ender Aslan, **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri**, s.345.

²¹² “...Bir takım kanunlarda “memur” deyimine “hâkim” lerin girdiğinin veya girmediğinin açıklanmasının gerekli görülmesi de memur kavramının hâkimleri kapsamaktaki yetersizliğini ve yanlış uygulamalardan kaçınma kaygısını gösterir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/11/1969, E:1968/44–K:1969/68, 22/07/1970 tarihli ve 13556 sayılı RG).

²¹³ Onar, hakimler veya öğretim üyelerinin Devlet memurlarıyla aynı hiyerarşiye tabi tutulmalarının mümkün olmadığını, bu personelin genel memur statüsü içerisinde özel bir statüleri bulunduğu görüşündedir. Yazara göre, hiyerarşinin uygulanamayacağı hususlar bu özel statü içerisinde gösterilmektedir. Sıddık Sami Onar, Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, İkinci Tabı, İstanbul, 1960, s.832. Yazarın hazırlanmasına aktif olarak katıldığı 1961 Anayasası'nda da bu görüşün benimsendiği söylenebilir. Ancak eserin 1966 yılı baskısında bu ifadelere yer verilmemiştir.

kararda da hakimleri kamu görevlisi olarak nitelemiştir.²¹⁴ 1982 Anayasası'nda bu kavram önerisinin dikkate alındığını söylemek mümkündür.

Hakimlik ve savcılık mesleklerine ilişkin temel ilke ve kurallar 1982 Anayasası'nda da düzenlenmiştir. Hakimlerin görevinde bağımsız olması, hakimlik ve savcılık teminatı ile statünün esaslı unsurlarının kanunla düzenlenmesi bu ilke ve kurallar arasında ön plana çıkmaktadır. Anayasa koyucu hakimlik ve savcılık statüsünün düzenlenmesini Anayasa'da yer alan ilkelere uymak kaydıyla yasama organına bırakmıştır. Hakimlik ve savcılık mesleğinin düzenlendiği 140'ıncı maddede kamu görevlilerine ilişkin genel düzenleme sayılabilecek 128'inci maddeden farklı olarak kanunla düzenlenmesi gereken hususlar daha detaylı ele alınmıştır.²¹⁵ Burada,

²¹⁴ “Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idarî işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde, adliye mahkemeleri hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durum eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek derecede açıktır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/01/1977, E:1976/43–K:1977/4, 21/04/1977 tarihli ve 15916 sayılı RG).

²¹⁵ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın “Hakimlik ve savcılık mesleği” başlıklı 140'ıncı maddesi şu şekildedir: “Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hakim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.”

idarenin²¹⁶ hakim ve savcı statülerine ilişkin esaslı düzenleme yapma imkanının en aza indirilmesinin hedeflendiği söylenebilir.

1961 Anayasası döneminde olduğu gibi hakimlerin ve savcılarının özlük işleri özerk tutulmuş ve bu işleri yürütmekle Adalet Bakanlığı görevlendirilmemiştir. Ancak, 1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasası'nda hakimlerin ve savcılarının özlük işlerini yürütmekle tek bir kurul görevlendirilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumuna ve işleyişine ilişkin temel kurallar 159'uncu maddede gösterilmiştir. Buna göre Kurul işlemlerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine riayet etmekle yükümlüdür.

Hakimlik ve savcılık statüleri Anayasa'da gösterilen kurallar çerçevesinde 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun, hakimleri ve savcıları adli ve idari yargıda²¹⁷ üstlendikleri görevler

²¹⁶ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu adaylık süreci, lojman tahsisi ve sicil vermeye yetkili olanların tespiti gibi idari işleyişe ilişkin birtakım konuların yönetmelik ile düzenlenmesini öngörmüştür. Bu yönetmelikleri hazırlamakla konusuna göre, Adalet Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu görevlendirilmiştir.

²¹⁷ Askeri yargıya ilişkin temel ilkeler Anayasa'nın 145 inci maddesinde gösterilmiştir. Askeri hakim ve savcı statüleri de bu kapsama dahil edilmiş ve 926 Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında bu durum şu şekilde değerlendirilmiştir: *"Anayasa'nın askerî yargı hâkim ve savcıları için gerçekleştirilmesini istediği yasal düzenleme, "Askerî yargı" kenar başlığını taşıyan 145. madde de özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddenin son fıkrasının ilk tümcesinde "Askerî Yargı Organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir." denilerek özellikle, özlük işleri konusunda ayrı düzenleme gereğine açıklık kazandırılmıştır. Anlaşılmaktadır ki, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları hakkında çıkarılacak yasaya mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkesi egemen olurken, askerî hâkim ve savcılar hakkında çıkarılacak yasada bu ilkeler yanında bunlarla uyumlu olarak askerlik hizmetlerinin gerekleri de göz önünde tutulacaktır. Askerî hâkim ve savcılarla, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının özlük hakları yönünden, ayrı statüye bağlı tutulmaları Anayasa buyruğu olduğundan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olmamak koşuluyla, iki ayrı kesimin hâkim ve savcıları için bu konuda ayrı yasal düzenlemeler yapıp kurallar getirilmesi olağan sayılmalıdır."* (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/04/1993, E:1992/37–K:1993/18, 12/10/1995 tarihli ve 22431 sayılı RG).

üzerinden sayma yoluyla tanımlamıştır.²¹⁸ Hakimlerin ve savcılarının, Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında üstlendikleri idari görevler de Anayasa'nın 140'ıncı ve 159'uncu maddeleri gereği bu kapsamda ele alınmıştır. Anayasa, hakimlerin ve savcılarının adalet hizmetlerindeki idari görevleri üstlenmesini öngörmüş ve buna cevaz vermiştir.²¹⁹ Buna karşın, hakimlerin ve savcılarının muvafakatleri alınmak kaydıyla adalet hizmetleri dışında da idari görevleri üstlenmelerine imkan sağlayan yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Başbakanlığa²²⁰ ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına²²¹ ilişkin düzenlemeler bu konuda örnek gösterilebilir.

²¹⁸ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun “Tanımlar” başlıklı 3'üncü maddesi.

²¹⁹ Anayasa'nın 140'ıncı maddesinde “hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar” ifadesine 159'uncu maddesinde ise “Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar” ifadesine yer verilmiştir.

²²⁰ 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 36 ncı maddesi mevcut haliyle şu şekildedir: “Genel ve katma bütçeli dairelerle döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan fonlarda, belediyeler ve özel idareler, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait kuruluşlarda, iktisadi Devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşlarında ve bunlara bağlı ortaklıklar ve müesseselerde çalışanlar kurumlarının, yüksek yargı organı mensupları, hakim ve savcılar için kendilerinin muvafakatı ile Başbakanlıkta Daire Başkanı ve daha üst ünvanlı kadrolarda istihdam edilebilirler. Başbakanlığın bu konudaki talepleri, ilgili kurum ve kuruluşlarca öncelikle sonuçlandırılır. Yüksek yargı organları mensupları hakkında görevlendirme talebi ilgili yüksek mahkemelerin başkanlarınca yerine getirilir. Bu personel ilgili kurumundan maaşsız izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam ettiği gibi, bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Bu fıkra kapsamında istihdam edilen personel istihdam edildikleri kadro için ilgili mevzuatta öngörülen her türlü mali ve sosyal haklardan aynen yararlanır. Terfileri başkaca bir işleme gerek duyulmadan süresinde yapılır.

Ayrıca, birinci fıkrada belirtilen kurumlarda görevli personel; aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Başbakanlıkta görevlendirilebilirler.”

²²¹ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesine 2014 yılında eklenen 5'inci fıkra şu şekildedir: “8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2'nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim ve savcılar ise kendilerinin muvafakatı ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebilir. Bu kapsamda görevlendirilen personel sayısı Kurumun kadro sayısının yüzde yirmisini geçemez. Bu personel kurumlarından izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır.”

Anayasa Mahkemesi, bir kararında hakimlerin ve savcılarının muvafakatleri alınmak kaydıyla adalet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin idari görevlere atanmalarının mümkün olduğu ve bu görevlerdeki idari hiyerarşiye dâhil olduklarını belirtmiştir:²²²

“Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlığı kendilerine diğer devlet memurlarından farklı bir konum (statü) verilmesi yani güvencelerinin olması, maddî anlamda yargı fonksiyonunu yerine getirmeleri dolayısıyladır. Bu nedenle, yargısal görevlerinden idarî bir göreve ancak muvafakatları alınmak koşulu ile atanabilmektedirler.

... İdare örgütü içinde yer alan ve idarî görevler üstlenerek Bakanlık hiyerarşisine bağlı olan merkez kuruluşundaki hâkim ve savcılar, yargı işlevini yapanlar gibi bağımsız kabul edilemez. Çünkü, emir ve direktif altında görev yapmak bağımsızlık kavramına ters düşer.”

Buna göre, hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları yargılama faaliyetiyle sınırlıdır. Bu husus, memur statüsünden farklı ve daha güvenceli bir statü oluşturulmasının da temel gerekçesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla idari görev üstlenen hakimlerin bağımsızlığından söz edilemez.

Bu itibarla, hakimler ve savcılar, statüleri yargılama faaliyetinin gerekleri ve bu konudaki anayasal ilkeler dikkate alınarak düzenlenmesi gereken kamu görevlileridir.

²²² Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/04/1993, E:1992/37–K:1993/18, 12/10/1995 tarihli ve 22431 sayılı RG.

2.2.6. Öğretim Elemanları

1982 Anayasası öncesi dönemde memur kavramının geniş yorumuna dâhil kabul edilen bir diğer personel grubu akademisyenlerdir. Doktrinde akademik faaliyetlerin bir gereği olarak akademisyenlerin diğer memurlar ile aynı hiyerarşi içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı genel olarak kabul görmüş bir husus olmakla birlikte²²³, akademik özerklik ilkesine anayasal düzeyde ilk kez 1961 Anayasası'nda yer verilmiştir.²²⁴ Bu Anayasa'nın yürürlükte olduğu dönemde akademik özerklik ilkesi çerçevesinde öğretim elemanlarının statüsü yeniden belirlenmiştir.

Öğretim elemanları, haklarında uygulanacak mali hükümler yönünden, yayımlanan ilk haliyle DMK'nin kapsamında ele alınmışlardır. Anayasa Mahkemesi, mali hakların tespitinde Devlet Personel Dairesine DMK'de bazı yetkiler tanındığını ve bu durumun özerklik ilkesiyle çelişeceği gerekçesiyle düzenlemeyi iptal etmiştir.²²⁵ Başka bir kararda ise öğretim elemanlarının 1961 Anayasası'nın 117'nci maddesinin kapsamında olduğu ve diğer memurlara tanınan birtakım mali haklardan yararlanmalarının özerklik ilkesiyle çelişmeyeceği ifade edilmiştir.²²⁶ İki karar birlikte ele alındığında,

²²³ Sıddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Cilt, İkinci Tabı, İstanbul, 1960, s.832.

²²⁴ 1961 Anayasası'nın 120 nci maddesi.

²²⁵ "... Anayasa'nın 120 nci maddesinin beşinci fıkrasında, Üniversitelerin kuruluşunun kanunla düzenleneceği hükmü konulurken, böyle bir [idari] kayıtlama öngörülmemiş olduğundan ve kanun koyucu bu maddeye göre Üniversitelerin Kuruluş ve işleyişini ve bu meydana kadrolarını düzenlerken, Anayasa'nın bu maddesinde veya diğer hükümlerinde öngörülenler dışında herhangi bir kayıtlamaya tabi olmayıp Üniversitenin teklifi ve kendi takdir ölçülerine göre karar serbestliğine sahip bulunduğundan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun mali hükümlerinin ve bu meydana kadrolarla ilgili maddelerinin Üniversite mensupları hakkında uygulaması Anayasa'nın Genel İlkelerine ve 120 nci maddesine, bu bakımdan da aykırı bulunmaktadır." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/02/1966, E:1965/32–K:1966/3, 08/06/1966 tarihli ve 12317 sayılı RG).

²²⁶ "Anayasa'nın 117. maddesinde yer alan "memurların ... ödenekleri ... kanunla düzenlenir" biçimindeki genel kuralın üniversiteler personeline uygulanması niteliğinde olan bu hükmün,

Anayasa Mahkemesinin  ğretim elemanlarının Devlet memurlarıyla benzer mali haklara sahip olmasını olağan karşıladığı, ancak idari bir makama  ğretim elemanlarının mali haklarının tespitine ilişkin bir takdir yetkisi tanınmasını özerklik ilkesine aykırı bulduğu sonucuna varılabilir.

Diğer bir kararda ise,  ğretim üyelerinin statüsünün yasayla ve özerklik ilkesi dikkate alınarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.²²⁷

“Anayasa’nın 117. maddesinin son fıkrasında “Memurların nitelikleri, atanmaları,  dev ve yetkileri, hakları ve yükümleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri Kanunla düzenlenir” ilkesi yer almıştır. Bu hüküm ilke olarak  ğretim  yeleri açısından da geçerli olduğuunda duraksamaya yer yoktur. O halde yasa koyucu, 120. maddenin  niversiteler için getirdiği özel ilkelerde de bağlı ve sadık kalarak  ğretim üyelerinin niteliklerini, atama es slarını,  dev ve yetkilerini, haklarını ve yükümlerini, aylık ve ödeneklerini ve öteki özlük işlerini yasa koymak suretiyle saptamalıdır.”

1982 Anayasası’nda da akademik özerklik ilkesine yer verilmiş ve  ğretim elemanlarının statülerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.²²⁸ Vakıflar tarafından kurulan yükseköğrenim kurumları da

genelde Anayasa’nın 120. maddesi ile düzenlenen  niversite özerkliğinin, özelde ise aynı Anayasa maddesinin altıncı fıkrasındaki “...  ğrenim ve öğretimin... teminat içinde ve  ağdaş bilim ve teknoloji gereklerine ve kalkınma plânı ilkelerine göre yürütülmesi esasları kanunla düzenlenir.” kuralının doğal gereği olduğu kuşkusuzdur.

Bu bakımdan, yüksek  ğretimi özgürlük ve özerklik içinde ve  ağdaş bilim ve eğitim esaslarına uygun biçimde yürütme işlevini yüklenmiş olan üniversitelerin bütün  ğretim  yeleri ve yardımcıları gibi, insan sağlığı bilimleri fakülteleri personeline de 1765 sayılı Yasanın 16. maddesinin birinci fıkrası gereğince  denek, verilmesinde Anayasa’nın 120. maddesine aykırılık bulunduğu düşünülemez.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 27/02/1979, E: 1978/59– K:1979/11, 10/06/1979 tarihli ve 16662 sayılı RG).

²²⁷ Anayasa Mahkemesi, K.G. 25/05/1976, E:1976/1– K:1976/28, 16/08/1976 tarihli ve 15679 sayılı RG.

²²⁸ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Yükseköğretim kurumları” başlıklı 130’uncu maddesinin dokuzuncu fıkrası şu şekildedir:

“Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları  niversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri,  ğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve

mali ve idari konular dışında akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi tutulmuştur.²²⁹ Türk Silahlı Kuvvetleri ve emniyet teşkilatına bağlı yükseköğretim kurumlarının ise özel kanunlarında gösterilen hükümlere tabi olacakları belirtilmiştir.²³⁰

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, yükseköğretim faaliyetinde geçerli usul ve esaslar yanında, öğretim elemanlarına ilişkin tanım ve tasnifler ile bunların görevlerini ve sorumluluklarını da düzenlemiştir. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda ise 2547 sayılı Kanun kapsamında öğretim elemanı tanımına giren personelin sınıflandırılması, mali ve sosyal hakları ile sözleşmeli olarak çalıştırılmalarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

2547 sayılı Kanun'a göre öğretim elemanları; öğretim üyeleri, öğretim görevlileri, okutmanlar ve öğretim yardımcılarında oluşmaktadır. Bu kapsamda ele alınan personel gruplarının hangi unvan ve görevlerden oluştuğu ve bunlara ilişkin tanımlar da yine 2547 sayılı Kanun'da gösterilmiştir.²³¹ Öğretim elemanlarının sınıflandırılmasına ise 2914 sayılı Kanun'da yer verilmiştir.

emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, mali işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir.”

²²⁹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.130/son.

²³⁰ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.132.

²³¹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.3.

2914 sayılı Kanun'da ğretim elemanları üç sınıfa ayrılmıştır.²³²

- i. Profesörler, doçentler ve yardımcı doentlerden oluşan ğretim yeleri sınıfı;
- ii. Öğretim görevlileri ile okutmanlardan oluşan ğretim görevlileri ve okutmanlar sınıfı;
- iii. Araştırma görevlileri ile uzman, çevirici ve eēitim - ğretim planlamacılarından oluşan ğretim yardımcıları sınıfı.

Öğretim yeleri, 2547 sayılı Kanun'da akademik unvanları üzerinden, 2914 sayılı Kanun'da ise atandıkları kadro üzerinden ele alınmışlardır. Kural olarak²³³ ğretim yeleri sürekli olarak istihdam edilmektedirler. Öğretim grevlileri²³⁴ ve okutmanlar²³⁵ ise süreli veya sürekli olarak grevlendirilebilmektedirler. Öğretim yardımcılarının ise ilk olarak belirli süreyle atanmaları gerekmekte olup tekrar süreli olarak atanmaları mümkündür.²³⁶ Araştırma görevlileri hariç olmak üzere diēer ğretim yardımcıları üç defa süreli olarak atanmalarını takiben sürekli olarak atanabilirler.²³⁷

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, ğretim elemanlarından²³⁸, idare ile aralarında statü ilişkisi bulunan ve sürekli olarak

²³² 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu m.3.

²³³ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesine 2011 yılında eklenen 5. fıkra ile tıp ve diē hekimliēi fakültelerinde geçici süreyle profesör ve doēent alıştırılmasına imkân tanınmıştır.

²³⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.31.

²³⁵ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.32.

²³⁶ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.33.

²³⁷ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.33/e.

²³⁸ Kararda "ğretim görevlileri" ifadesine yer verilmiş olmasına karēın Anayasa'nın 130'uncu maddesinde "ğretim elemanları" ifadesine yer verilmiştir. Kararın 130'uncu maddeye atf

hizmete katılanların Anayasa'nın 128'inci maddesi çerçevesinde kamu görevlisi olduklarını belirtmiştir.²³⁹

“Anayasa'nın 130. [maddesinde] belirtilen öğretim görevlileri kamu görevlisidir. Oysa kural kapsamındaki öğretim görevlisi ile Sağlık Bakanlığı arasında kamu hukuku ilişkisi bulunmamaktadır. Karşılıklı irade ile gerçekleştirilen sözleşmeye bağlı özel hukuk ilişkisi söz konusudur. İdare ile aralarında önceden düzenlemiş kurallara bağlı bir statü ilişkisi yoktur ve herhangi bir kadroya bağlı olarak da çalışmayacaklardır. Öğretim görevlisi belirli sürede ihtiyaç duyulan uzmanlık bilgisini sunacak, sürekli olarak kamu görevi yapmayacaktır. Çalışma saat ve süreleri, çalışma alanları kadrolu öğretim görevlileri için belirlenen çalışma saat ve sürelerinden farklıdır. Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapacak öğretim görevlilerinin Anayasa'nın 128. maddesinde sayılan "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri" kapsamında olmadığı açıktır.”

Buradan yola çıkarak, kamu hukuku bağıyla sürekli olarak istihdam edilenler dışında kalan öğretim elemanlarının Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamında olmadıklarını söylemek mümkündür. Mahkeme, 128'inci maddenin kapsamında olmayan öğretim elemanlarının statüsünün kanunla düzenlenmesinin bir zorunluluk olmadığı görüşündedir:

“Dolayısıyla, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında "memurlar" veya "diğer kamu görevlileri" kapsamında olmayan görevlilerin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmemektedir.”

Öte yandan, vakıflar tarafından kurulan yükseköğrenim kurumlarının personeliyle aralarındaki istihdam ilişkisi kural olarak özel hukuk alanındadır.

yaptığı dikkate alındığında öğretim görevlileri ifadesinin öğretim elemanlarını işaret eder biçimde kullanıldığı söylenebilir.

²³⁹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 03/10/2013, E:2012/103– K:2013/105, 17/12/2014 tarihli ve 29208 sayılı RG.

Bu kurumlarda görevli ğretim elemanlarının da Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamında olmadığı ileri sürülebilir. Buna karşın, sözleşme düzenlenirken iş hukuku yanında Anayasa'nın 130'uncu maddesi ile 2547 sayılı Kanun'da yer alan kural ve ilkelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Devlet tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarında, kamu hukuku bağıyla ve sürekli olarak istihdam edilen ğretim elemanlarının ise Anayasa'nın 128'inci maddesinin kapsamında kamu görevlileri oldukları söylenebilir.

2.3. HUKUKİ DURUMU TARTIŞMALI PERSONEL

2.3.3. Sözleşmeli Personel

Sözleşmeli personel istihdamı, gerek idari yönüyle gerekse hukuki yönüyle pek çok incelemenin konusu olmuştur. Mevzuatta da sözleşmeli personel çalıştırılmasına yönelik birbirinden farklı hükümlere yer verilmiştir. Bununla beraber, sözleşmeli personel kavramının tam olarak ne ifade ettiği ve sözleşmeli personelin hukuki statüsü üzerinde genel bir uzlaşısı bulunmamaktadır. Ortak bir tanım bulunmamakla birlikte, sözleşmeli personel statüsüne ilişkin düzenlemelerde ortak iki unsur dikkat çekmektedir:

- i. Sözleşme ile çalışma,
- ii. İşçi sayılmama.

Bu iki unsur sözleşmeli personel statüsünü tüm hatlarıyla ortaya koyamamakla birlikte, bu statünün işçi ve memur statüleri dışında ayrı bir statü oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

Cumhuriyet Dönemi'nin personel rejimine ilişkin ilk yasal düzenlemesi olan 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanunu, kamu personel rejimini memurlar ve müstahdemler olmak üzere iki kategori üzerinden düzenlemiştir. Memurlar statü hukuku çerçevesinde istihdam edilirken müstahdemlerin özel hukuk hükümlerine tabi oldukları kabul edilmiştir.²⁴⁰ 3656 sayılı Devlet Memurları Aylıklarının Tevhid ve Teadülüne Dair Kanun'un 9'uncu maddesi ile yapılan düzenlemenin memur statüsü dışında yeni bir istihdam biçimi yarattığı; böylelikle sözleşmeli personel istihdamının ilk olarak 1939 yılında başladığı ileri sürülmüştür.²⁴¹ Bu düzenleme sonrasında da çeşitli düzenlemelerde teknik personelin yüksek ücretle çalıştırılabilmesi²⁴² veya yabancıların kamuda istihdamına olanak sağlanması²⁴³ gibi gerekçelerle sözleşmeli personel istihdamına yer verilmiştir. Ancak bu dönemde "mukaveleliler" olarak anılan sözleşmeli personel istihdamının kural olarak özel hukuk ilke ve kurallarıyla biçimlendiği fikri benimsenmiştir.²⁴⁴

Buna karşın, Danıştay 1964 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında Devlet Tiyatroları ile bu kurumda sözleşmeli olarak istihdam edilen

²⁴⁰ Müstahdemlerin özel hukuka tabi oldukları hk.17/05/1928 tarihli ve 425 sayılı TBMM Tefsir Kararı.

²⁴¹ İbrahim Demir; **Cumhuriyet Öncesi ve Cumhuriyetin 50. Yılında Devlet Memuru**, Devlet Personel Dairesi Yayınları, Ankara, 1973, s.35.

²⁴² 25/04/1958 tarihli ve 4/10195 sayılı Bakanlar Kurulu kararı eki "Muayyen ve Muvakkat Müddetli Hizmetlerde Çalıştırılacak Yevmiyeli Personel Talimatnamesi".

²⁴³ Mülga 30/09/1960 tarihli ve 91 sayılı Devlet Plânlama Teşkilâtının Kurulması Hakkında Kanun m.17.

²⁴⁴ Devlet Personel Dairesi, **Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor**; Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1962, s.51.

sanatçılar arasındaki ihtilafları giderme görevinin idari yargıda olduğunu kabul etmiştir.²⁴⁵ Buna göre, personel ile idare arasında imzalanan hizmet sözleşmesi idari bir sözleşmedir.²⁴⁶

İdari hizmet sözleşmesinin niteliğinin anlaşılması için “sözleşme” kavramına kısaca değinmek faydalı olacaktır. Sözleşme temel bir özel hukuk kavramıdır. Kocayusufpaşaoğlu’na göre kavramın birbirinden ayrılması gereken iki farklı anlamı bulunmaktadır.²⁴⁷

- i. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan hukuki işlem,
- ii. Hukuki işlemin meydana getirdiği hukuki sonuç, hukuki düzenleme.

Yazar, dar ve teknik anlamda sözleşmenin birinci tanımda belirtilen hukuki işlem olduğunu, ikinci tanımın ise sözleşmeyi değil, sözleşme ile kurulan sözleşme ilişkisini açıkladığını belirtmektedir. Tekinsoy ise bir sözleşmenin idari sözleşme olarak kabul edilmesinin sözleşmenin düzenlediği ilişkinin hukuki tasnifine ilişkin bir niteleme olduğu

²⁴⁵ “5441 sayılı Kanunun mucip sebepler lâyihası tüm metin tiyatro işinin devamlı bir âmme hizmeti ve sanatçıların birer âmme ajanı ve Memurin Kanununun tarifine uygun ücretli müstahdem ve Emekli Sandığı Kanununa göre de iştirakçi bulunduklarını, sözleşme ile istihdam şeklinin sanatkârın sanat bakımından gelişmesini ve maddeten tatminini temine matuf bulunduğunu açıkça göstermektedir. Bu sebeplere binaen hizmeti, mukavele süresi ile mukayyet geçici bir hizmet olarak kabule ve sanatkâra «Hizmetin sona ermiştir idare seni alıp almamakta muhtardır» demeye mevzuat ve hukuk esasları muvacehesinde imkân yoktur.” (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, K.G. 04/07/1964, E:1964/674 - K:1964/344, 05/05/1965 tarihli ve 11990 sayılı RG).

²⁴⁶ Lutfi Duran, Türk Hukukunda İdari Mukaveleler, **İÜHFM**, Cilt:30, Sayı:1-2, İstanbul, 1964, s.434-435; İsmet Giritli, Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler, **İÜHFM**, Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.496. Kararın eleştirisi için bkz. Yıldırım Uler, **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**.

²⁴⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.165.

görüştüğüdür.²⁴⁸ Sözleşme sonucunda doğan ilişkinin idare hukuku alanında olması sözleşmenin idari olduğunu ortaya koymaktadır.

Dolayısıyla, öncelikle tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle bir sözleşmenin kurulması gerektiği, kurulan bu sözleşmenin sonucunda bir idare hukuku ilişkisi doğuyorsa bu sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelenebileceği söylenebilir.

Tarafların karşılıklı iradeleri doğrultusunda hukuki durumlarını belirledikleri hallerde bir sözleşme ilişkisinden bahsetmek mümkündür. Statü ilişkisinde ise ilgililer kendilerinden başka bir merciin daha önceden ortaya koyduğu iradeye uygun olarak objektif hukuki duruma dâhil olmak yönünde bir irade gösterirler.²⁴⁹ Başka bir ifade ile sözleşme ilişkisinde taraflar iradeleri ile aralarındaki hukuki ilişkileri belirleyebilirken statü ilişkisinde mevcut objektif hukuk kurallarına göre belirlenmiş bir statüye dâhil olmak söz konusudur.

İdari hizmet sözleşmeleri ile personel çalıştırılmasına dayanak teşkil eden yasal düzenlemeler aynı zamanda sözleşmeli personel istihdamına ilişkin birtakım kurallar koymakta ve statüye ilişkin bazı unsurların da düzenleyici işlemlerle tespit edilmesini öngörmektedir. İmzalanacak sözleşmelere ilişkin usul ve esaslar da bu düzenlemelerin kapsamında olabilmektedir.²⁵⁰ Kural olarak, personelin sözleşme üzerinde bir değişiklik

²⁴⁸ M. Ayhan Tekinsoy, İdarî Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, **AÜHFD**, Cilt 55, S.2, Ankara, 2006, s.224.

²⁴⁹ Lûtfi Duran, İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu İle Sendika ve Grev Hakları, **İÜHFM**, Cilt:33, Sayı:1-2, İstanbul, 1967, s.38.

²⁵⁰ Örneğin, Kamu iktisadi teşebbüsleri personel rejiminin düzenlenmesine ilişkin 399 sayılı KHK'nın 6'ncı maddesi şu şekildedir: "Sözleşmeli personel yönetim kurulu kararı ile işe alınır.

yapma imkânı bulunmamaktadır. İdare de düzenleyici işlemlerde gösterilen usule uymak kaydıyla belirtilen konu ve durumlarla sınırlı değişiklikler yapabilmektedir.

Başka bir ifadeyle, sözleşmeli personel istihdamına ilişkin kuralların büyük çoğunluğunun yasal düzenlemelerde ve düzenleyici işlemlerde gösterildiğini söylemek mümkündür. Kural olarak, idarenin objektif şartları taşıdığını ortaya koyan kişilerle idari hizmet sözleşmesi imzalayıp imzalamamak ya da idari hizmet sözleşmesini yenilememek hususunda bir takdir yetkisi de bulunmamaktadır. Buradan hareketle, özünde sözleşmenin idarenin tek yanlı atama işlemlerinden çok büyük bir farkı bulunmadığı ileri sürülebilir.²⁵¹ Keza uygulamada da zaman zaman sözleşme imzalanmamaktadır.²⁵² Dolayısıyla, hukuki düzenleme anlamında bir sözleşme bulunmakla birlikte, dar ve teknik anlamda bir sözleşmenin olmadığı söylenebilir.

Sözleşmeli personel istihdamına ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde istihdam edilen personelin hak ve yükümlülükleri de birbirinden farklıdır. Bu itibarla, tüm sözleşmeli personelin ortak bir statü içerisinde bulunduğunu savunmak isabetli

Yönetim kurulları bu yetkilerini, sınırlarını göstermek suretiyle devredebilirler. Sözleşmeli personel ile akdedilecek sözleşmeler Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle tespit edilecek tip sözleşme çerçevesinde ve takvim yılı itibarıyla yıllık olarak düzenlenir.” Bu hüküm çerçevesinde hazırlanan yönetmelikte sözleşme örneği düzenlenmiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 4/B hükmünde ise u ifadeye yer verilmiştir: “Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara ödenebilecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullanılacak izinler, pozisyon unvan ve nitelikleri, sözleşme fesih halleri, pozisyonların iptali, istihdamına dair hususlar ile sözleşme esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

²⁵¹ Yıldırım Uler, **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.235.

²⁵² Devlet Personel Dairesi, **Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor**, s.51.

görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmeli personel statüsü işçi ve memur statüsü dışında kalan tek bir statüye işaret etmemektedir. Sözleşmeli personele uygulanacak kamu hukuku ilke ve esaslarının yoğunluğu da farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeli personel terimini genel bir başlık olarak değerlendirerek her sözleşmeli personel statüsünü kendi içerisinde değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

Çalışmanın amacı ve kapsamı doğrultusunda belli başlı sözleşmeli personel uygulamalarının incelenmesi yerinde olacaktır. Bu bakımdan sözleşmeli personel uygulamaları çalışma konusu doğrultusunda gruplandırılarak ve sınırlandırılarak ele alınmıştır.

2.2.1.1. Mali Hakları Dışında DMK'ye Tabi Sözleşmeli Personel

Kadro karşılığı sözleşmeli personel (KKSP) ve bir kadroyla ilişkisi bulunmamakla birlikte mali hakları dışında DMK'ye tabi sözleşmeli personelin bu başlık altında ele alınması mümkündür.

Ortaya Çıkışı ve Amacı:

KKSP uygulamasının 1960 yılında Devlet Planlama Teşkilatının (DPT) uzman ve yönetici kadrolarında yüksek ücretle yerli ve yabancı personel çalışmasını temin etmek üzere başladığı söylenebilir.²⁵³ Düzenlemede KKSP ifadesine yer verilmemiş olmakla birlikte belirli memur kadrolarında Bakanlar

²⁵³ Mülga 30/09/1960 tarihli ve 91 sayılı Devlet Plânlama Teşkilâtının Kurulması Hakkında Kanun'un "Mukaveleli uzmanlar" başlıklı 17 nci maddesi şu şekildedir: *"Bu kanuna bağlı (1) sayılı cetvele dâhil memuriyetlerden müsteşarlık, daire başkanlıkları, müşavirlikler, şube müdürlükleri ile uzman ve uzman yardımcılıklarında ve müsteşarlık genel sekreterliğinde lüzumu halinde yerli ve yabancı uzmanlar mukavele ile çalıştırılabilir.*

Bu suretle vazifeye alınanlara ödenecek ücretin miktarı Bakanlar Kurulunca tesbit olunur." (05/11/1960 tarihli ve 10621 sayılı RG).

Kurulunca ücretleri belirlenecek sözleşmeli personelin çalıştırılmasına imkân tanınmıştır.²⁵⁴

Uygulama ile birlikte DMK'ye tabi ancak mali hakları yönünden görece DMK'den daha avantajlı bir personel grubu ortaya çıkmıştır. KKSP istihdamı uygulaması 1980'li yılların başından itibaren²⁵⁵ teşkilat kanunlarına eklenen özel hükümlerle başta Başbakanlık ve bağlı kuruluşları olmak üzere merkezi bürokrasi içerisinde yaygınlık kazanmıştır.²⁵⁶ Ancak 2011 yılında çıkarılan KHK'ler ile teşkilat kanunlarında yer alan hükümler büyük ölçüde kaldırılmıştır. Dolayısıyla KKSP istihdamı 2011 sonrasında istisnai bir uygulama halini almıştır.²⁵⁷

Günümüzde düzenleyici ve denetleyici kurumların²⁵⁸ büyük çoğunluğunda KKSP²⁵⁹ ve mali hakları dışında DMK'ye tabi sözleşmeli

²⁵⁴ “Kadroları karşılık gösterilerek ifadesine” ilk kez 1973 tarihli Bütçe Kanunun DPT'ye ait bölümünde yer verilmiştir. Buna karşın 91 sayılı Kanun'un 17 inci maddesinde bu ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte içerik olarak iki düzenleme arasında ciddi bir fark bulunmadığı ileri sürülebilir.

²⁵⁵ Uygulama yukarıda belirtilenlerden farklı amaçlarla da kullanılmıştır. 12 Eylül 1980 darbesi sonrasında çıkarılan 2333 sayılı Sürekli Kamu Görevlerinde Sözleşmeli Personel Çalıştırılması Hakkında Kanun ile KKSP istihdamı asker kişilerin sivil bürokraside görev almasına imkân sağlamak amacıyla da kullanılmıştır. Düzenleme 1991 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

Diğer taraftan 1982 değişikliği sonrasında DMK'nin “Devlet sanatçıları ve sanatkarlar” başlıklı ek geçici 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: “*Sanatçı sıfatını kazananlardan yönetici kadrolara atananlar da, bu kadrolar karşılık gösterilmek suretiyle sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.*” Düzenleme halen yürürlükte dir.

²⁵⁶ KKSP istihdamının yaygınlaşma süreci ve 2011 yılı öncesinde KKSP istihdam eden kurum ve kuruluşların bir listesi için bkz. Süha Oğuz Albayrak, İpek Özkal Sayan, Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel, **Mülkiye Dergisi**, C:35, S:272, Ankara, 2011, s.199-206.

²⁵⁷ 666 sayılı KHK'nin ilgili hükmünün yürürlüğe girdiği 15/01/2012 tarihi öncesinde göreve başlayanlar geçici hükümler çerçevesinde KKSP statüsünde istihdam edilebilmektedirler.

²⁵⁸ 5018 sayılı Kanun'un (III) sayılı cetvelinde yer alan kurumlar düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak tanımlanmıştır.

²⁵⁹ 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.4/2, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m.43/6, 5411 Bankacılık Kanunu m.92/2, 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m.9/5, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve

personel²⁶⁰ istihdamına devam edilmektedir. Buna karşın, bu şekilde istihdam edilen personelin de mali haklarının ilgili kadrolar için öngörülen tutarlarla denk olacağı hükme bağlanmıştır.²⁶¹ Dolayısıyla uygulamanın bu kurumlarda da fiilen sona erdiğini söylemek mümkündür. Keza 2012 yılında değişen Sermaye Piyasası Kanunu'nda KKSP ya da mali hakları dışında DMK'ye tabi sözleşmeli personel uygulamasına yer verilmemiştir.²⁶²

Diğer taraftan bir sözleşmeden bahsedilmekle birlikte konuya ilişkin düzenlemelerin tamamında atama işlemine yer verilmiştir. Dolayısıyla bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ileri sürülebilir. Uler, bu durumu daha yüksek ücret ödenmesinin önünün açılması için geliştirilmiş bir tür “muvazaa” olarak nitelemiştir.²⁶³

Görevin Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Uygulamaya Yaklaşımı:

İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun m.5/9, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m.34/1-2.

²⁶⁰ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.53/9-h.

²⁶¹ 375 sayılı KHK'ye 2011 yılında eklenen ek 11 inci maddenin 1-b bendi şu şekildedir: “5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp ve uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez ve bunlar, emeklilik hakları bakımından da emsali olarak belirlenen personel ile denk kabul edilir.”

²⁶² 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.127/2.

²⁶³ Yıldırım Uler, **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.227.

Uygulama, zaman zaman iptal davalarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesinin KİT'lere ilişkin bir kararında KKSP uygulamasının mali haklarla ilişkisi şu şekilde ifade edilmiştir.²⁶⁴

“... [M]emurların atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak çalıştırılması hükme bağlanmıştır. Böylece, personel önce kadroya atanacak, sonra kendisiyle sözleşme yapılacaktır. Bu sistemle teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde hizmet verecek personel için Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen güvence getirilmekte ve işletme esaslarına göre kârlılık, verimlilik ve rekabet kuralları içinde hizmet vermesi gereken bu personelin, genel idare esasları dışında hizmet gören sözleşmeli personel ile toplu iş sözleşmeleri kapsamına giren diğer personelin aldıkları ücretlerle dengeli bir ücret alabilmesi olanağı sağlanmaktadır. Başka bir anlatım ile bu düzenleme, kamu iktisadi teşebbüslerinde farklı statüde çalışanlar arasında başarı durumlarına göre alınan ücretlerde bir denge sağlanmasına yönelik görülmektedir.”

Mahkemeye göre asli ve sürekli görevleri icra eden kamu görevlilerinin bu şekilde istihdam edilmeleri mümkündür.²⁶⁵ Ancak, uygulamanın objektif esaslara dayandırılması gerekmektedir.²⁶⁶

²⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

²⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 13/12/1995, E:1995/11–K:1995/63, 09/10/1996 tarihli ve 22782 sayılı RG.

²⁶⁶ Mahkeme, buna karşın şu gerekçeyle düzenlemeyi iptal etmiştir: “Ancak, madde metninde genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kılınan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin belirlenmesine esas olacak bir ölçüt getirilmediği için genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerde çalışan kimi personelin (1) sayılı cetvel dışında kalması ya da genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen görevlerde çalışan kimi personelin (1) sayılı cetvelde yer alması olasılığı vardır. Ayrıca madde metninde “..... bu kadrolara atanan personel atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.” denildiğinden (1) sayılı cetvel kapsamındaki kimi personele atandıkları kadrolarda sözleşmeli çalışma olanağı verilirken kimi personel bu olanağın dışında bırakılacaktır. Bu nedenlerle [düzenleme] eşitlik ilkesi yönünden Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG).

Statünün Esaslı Unsurlarının Kanunla Düzenlenmesi:

Anayasa Mahkemesi diğer kararlarında da bu personel grubunu Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında görmüş ve bu statüye ilişkin esaslı unsurların kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁶⁷ Mahkeme, personel alım usulünü, personelde aranacak öğrenim dalları ve düzeyine ilişkin nitelik şartlarını²⁶⁸ ve kadroların tespitine ilişkin usul ve esasları²⁶⁹ kanunla düzenlenmesi gereken unsurlar arasında kabul etmiştir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 128'inci maddesinde mali hakların da kanunla düzenleneceği ve toplu sözleşme hükümlerinin saklı olacağı

²⁶⁷ “İptali istenen fıkra da yer alan Kurul'u oluşturacak kişilerin yapacakları görevlerin Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle ancak, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceği ve Kurul'u oluşturacak görevlilerin de Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilen memurlar ve diğer kamu görevlileri kapsamında olduğu açıktır.

Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olan Kurul'u oluşturacak kişilerin, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasa ile düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 15/01/2009, E:2004/70–K:2009/7, 11/06/2009 tarihli ve 27255 sayılı RG). Benzeri bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/12/2007, E:2002/35–K:2007/95, 22/01/2008 tarihli ve 26764 sayılı RG.

²⁶⁸ “Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yasayla kendisine verilen kamu hizmeti niteliğindeki sürekli görev ve hizmetleri, maddenin dördüncü fıkrasına göre, daire başkanlıkları şeklinde örgütlenen ve uzmanlık esasına göre çalışan ana hizmet ve yardımcı hizmet birimlerince yerine getirir. Bu nedenle uzmanlar, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen genel idare esaslarına göre asli ve sürekli nitelik taşıyan kamu hizmetlerini yerine getiren personeldir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir.

Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul'un çıkartacağı yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/06/2008, E:2004/55–K:2008/118, 05/11/2008 tarihli ve 27045 sayılı RG). Benzeri bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/03/2007, E:2005/139– K:2007/33, 15/11/2007 tarihli ve 26732 sayılı RG.

²⁶⁹ “.. [K]amu tüzel kişiliğini haiz Rekabet Kurumunda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden sözleşmeli personel, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan, bunların kadrolarına ve bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin temel kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 06/06/2013, E:2013/47–K:2013/72, 12/07/2013 tarihli ve 28705 sayılı RG).

belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında Başbakanlık Müsteşarının KKSP olarak istihdamına ve mali haklarının Bakanlar Kurulunca tespit edileceğine ilişkin hükmü incelemiştir.²⁷⁰ Kararda, Başbakanlık Müsteşarının mali haklarının başka kamu görevlilerinin mali haklarının tespiti açısından da önem taşıdığı belirtilerek, mali haklara ilişkin temel kuralların da kanun ile düzenlenmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir:²⁷¹

“Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt bulunmayan Başbakanlık Müsteşarının sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemelerine ilişkin olarak yasayla herhangi bir düzenleme yapılmaksızın bir başka ifadeyle konuya ilişkin temel kurallar ve yasal çerçeve belirlenmeksizin itiraz konusu kuralla bu hususları düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılması, kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki anayasal ilkeye aykırılık teşkil etmekte ve yasama yetkisinin devrine neden olmaktadır.”

Mali hakları dışında DMK’ye tabi olarak istihdam edilen sözleşmeli personel asli ve sürekli görevleri ifa etmektedir. Anayasa Mahkemesinin oturmuş içtihadına göre bu statüdeki personel Anayasa’nın 128’inci maddesi kapsamında kamu görevlisidir. Uygulamanın bir istihdam biçiminden ziyade

²⁷⁰ 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun m.35.

²⁷¹ “Esasen Müsteşarın sözleşmeli olarak çalıştırılması, yürüttüğü görevlerin niteliğinde bir değişikliğe neden olmadığından her şartta Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesini gerektirmekte olup bu statüdeki personelin hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88–K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG). Kararı takiben 6637 sayılı Kanun’un 22 nci maddesi ile anılan hükme şu cümle eklenmiştir: “Bu şekilde istihdam edilen Müsteşara 56.400 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda aylık ücret ödenir. Ocak, Nisan, Haziran, Temmuz, Ekim ve Aralık aylarında birer aylık ücreti tutarında ikramiye verilir. Yapılacak diğer ödemeler ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tespit edilir.”

maaş rejimine ilişkin bir istisna oluşturduğunu²⁷² ve günümüzde bu istisnanın büyük ölçüde ortadan kalktığını söylemek mümkündür.

2.2.1.2. KİT'lerde İstihdam Edilen Sözleşmeli Personel

1982 Anayasası döneminde KİT personel rejimine ilişkin ilk düzenleme 233 sayılı KHK ile yapılmış; bu düzenleme ile sözleşmeli istihdam temel istihdam biçimlerinden biri halini almıştır. Kısa süre sonra 308 sayılı KHK ile 233 sayılı KHK'de önemli değişiklikler yapılmıştır. 308 sayılı KHK'de sözleşmeli statü genel olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenecek bir alan haline getirilmiştir. Sözleşmeli personele grev hakkı tanınmamış ancak idare ile arasındaki uyuşmazlıkların adli mahkemelerde görüleceği hüküm altına alınmıştır.²⁷³ Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeleri iptal etmiştir.²⁷⁴ Kararın akabinde 399 sayılı KHK hazırlanarak KİT personel rejimi yeniden düzenlenmiştir. 399 sayılı KHK'nin bazı hükümleri Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş²⁷⁵; iptal edilen hükümler 3771 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir.

²⁷² Süha Oğuz Albayrak, İpek Özkal Sayan, **Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel**, s.211.

²⁷³ 308 sayılı KHK m.6. (18/01/1988 tarihli ve 19698 sayılı RG).

²⁷⁴ "Söz konusu KHK'lerin getirdiği sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğu kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu "atama" koşulu ile bağdaştırma olanağı yoktur.... Sözleşmeli personel istihdamında ise "akdi" bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır... Şu halde, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK'de bir hizmet sözleşmesine tâbi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tâbi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerine anayasal olanak yoktur ." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/12/1988, E:1988/5– K:1988/55, 25/07/1989 tarihli ve 20232 sayılı RG).

²⁷⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12–K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

Görevin Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Uygulamaya Yaklaşımı:

Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre KİT'lerde genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken görevler bulunmaktadır ve dolayısıyla bu görevlerin kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekmektedir.²⁷⁶ Mahkemenin oluşturduğu içtihat çerçevesinde KİT'lerde icra edilecek asli ve sürekli görevler kanun ile belirlenmiş ve bu görevlerin Devlet memurlarınca yürütüleceği hüküm altına alınmıştır.²⁷⁷ KHK'ye göre genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen görevler içinse sözleşmeli personel²⁷⁸ ve işçiler istihdam edilmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeli personelin KİT'lerde Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında kamu görevlilerinin

²⁷⁶ "Anayasa'nın 128. maddesinin karşılığı olan 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" ibaresinden söz edilmemekteydi. KİT'lerin aslında bu nitelikleriyle 1961 Anayasası'nın 117. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasası'nın da 128. maddesindeki diğer kamu tüzelkişileri kapsamında oldukları, bu nedenle madde metninde ayrıca sayılmalarının gereksiz bulunduğu yolundaki eleştirilerin ilginçliği ve haklılık payı küçümsenemez. Ancak; Anayasa Koyucunun "haşiv" e yer verdiği düşünölmeyeceğine göre, anılan bu yeni iki kavramın 1982 Anayasası'nın 128. maddesine dahil edilmelerinde gereksinmelerden kaynaklanan, deneyimlerle belirginleşen hukuksal, yönetsel, sosyal ve ekonomik nedenlerin bulunduğunu kabulde yarar vardır. ... Danışma Meclisi'nce hazırlanan ve bugünkü 128. maddeyle eş konumdaki metinde "kamu iktisadî teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" kavramları bulunmadığı halde, Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nca maddeye dahil edilmesi, açıklamaları doğrular niteliktedir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/12/1988, E:1988/5– K:1988/55, 25/07/1989 tarihli ve 20232 sayılı RG). Benzer görüşlere yer veren bir diğer karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12–K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

²⁷⁷ 3771 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değişik 399 sayılı KHK'nın 3/b maddesi şu şekildedir: "Teşebbüs ve bağı ortaklıklarda, devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin karlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulama ve uygulamayı denetleme yetkisi verilmiş asli ve sürekli görevler genel idare esaslarına göre yürütölür. Teşebbüs ve bağı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütölmesi gereken asli ve sürekli görevleri; genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları ile ekli 1 sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen diğer personel eliyle gördölür.

Bunlar hakkında bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır."

²⁷⁸ 3771 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değişik 399 sayılı KHK'nın 3/c maddesinde şu ifadeye yer verilmiştir: "...teşebbüs ve bağı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personeldir."

çalıştırılmasının zorunlu olmadığı alanlardaki görevlerin bir kısmını üstlendikleri söylenebilir. Keza uygulama birliğini sağlamakla görevli DPB²⁷⁹, sözleşmeli personelin genel idare esaslarına göre yürütülecek görevlere vekalet edemeyeceği görüşündedir.²⁸⁰ Buna karşın gerekli şartları taşıyan sözleşmeli personelin görev yaptığı KİT'in memur kadrolarına atanması mümkündür.²⁸¹

Statünün Düzenlenmesi:

399 sayılı KHK sözleşmeli personel statüsünü detaylı olarak düzenlemiştir. İşe alma²⁸², işe alınacaklarda aranacak şartlar²⁸³ ve sözleşmenin feshi ve sona ermesi²⁸⁴ gibi hizmete alınmaya ve görevin sona ermesine ilişkin düzenlemelerin KHK'de yer alması güvenceli bir statüye işaret etmektedir. Çalıştığı KİT'in özelleştirilmesi halinde sözleşmeli personelin diğer kurum ve kuruluşlara memur statüsünde nakledilme hakkı

²⁷⁹ 399 sayılı KHK'nin 58'inci maddesi şu şekildedir: "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda uygulanması sırasında birliği sağlamak ve doğacak tereddütleri gidermekle Devlet Personel Başkanlığı yetkili ve görevlidir.

Sözleşmeli personele ilişkin olarak bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde, Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak kaydıyla 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

²⁸⁰ "[K]amu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki (II) sayılı cetvelde sayılan bir pozisyonda görev yapmakta olan sözleşmeli personelin, aynı KHK eki (I) sayılı cetvelde yer alan bir kadroya veya bir başka sözleşmeli personel pozisyonuna 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi kapsamında vekalet edemeyeceği değerlendirilmektedir." (08/08/2008 tarihli ve 14693 sayılı DPB Görüşü, kaynak: www.dpb.gov.tr).

²⁸¹ 399 sayılı KHK m.5.

²⁸² 399 sayılı KHK m.6.

²⁸³ 399 sayılı KHK m.7.

²⁸⁴ 399 sayılı KHK m.45.

da bulunmaktadır.²⁸⁵ Anayasa Mahkemesinin tespiti de sözleşmeli personel statüsünün güvenceli bir statü olduğu yönündedir.²⁸⁶

İstihdam İlişkisinin Niteliği:

KHK'ye göre sözleşmeli personel ile idare arasında imzalanacak tip sözleşme DPB tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenmektedir.²⁸⁷ Dolayısıyla, tarafların iradeleri çerçevesinde sözleşmede değişiklik yapılması mümkün değildir. Sözleşmede değişiklik yapma yetkisi genel idare içerisinde

²⁸⁵ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22'nci maddesi.

²⁸⁶ "308 sayılı KHK'nin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde; "O halde devlet, genel idare esasları dışındaki hizmetlerde birer çalıştırılan konumunda bulunan KİT'lerdeki sözleşmeli personelin hukuksal statüsünü belirlemek ve istihdam güvencesini sağlamak için, yapılacak idari sözleşmelere esas olmak üzere, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memur ya da diğer kamu görevlilerine, 49.-55. maddelerde işçilere ilişkin güvencelerin benzerlerini, KİT'lerin hizmet özelliklerine uygun öğeleri içeren bir çerçeve ile kurallara bağlamak zorundadır." şeklinde yer alan anlatım, sözleşmeli personel için güvence getirilmesi gerektiğini belirtmekte, bunun yanında getirilecek güvencenin KİT'lerin hizmet özelliklerine uygunluğunu da öngörmektedir. 308 sayılı KHK ile güvencesiz bir personel statüsü yaratılmış ve yukarıdaki gerekçeler bu statüye göre oluşturulmuştur. 399 sayılı KHK'de ise, sözleşmeli personelin işe alınması, işe alınanlarda aranacak koşullar, işe alırken uygulanacak sınav, ödevler ve sorumlulukları, genel haklar ve yasaklar, çalışma saatleri ve izinler, mali ve sosyal haklar, sicil ve başarı değerlendirilmesi, disiplin, görevden uzaklaştırma ve göreve son verme (sözleşmenin feshi ve sona ermesi) konularının düzenlendiği görülmektedir. Bu durumda, kamu iktisadi teşebbüslerinde ve bağlı ortaklıklarda çalıştırılacak sözleşmeli personel yönünden, anlaşmazlıkları idari yargıda çözümlenmesi gereken statü hukukuna bağlı bir personel kategorisi oluşturulmuş ve böylece, 399 sayılı KHK ile sözleşmeli personel, memurlara benzer yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Disiplin cezalarıyla ilgili 44. maddesinde sözleşmeli personele "... bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde teşebbüs veya bağlı ortaklık memurlarının tâbi olduğu hükümler uygulanır." hükmü yer almaktadır. Sözleşmenin feshinde ya da yenilenmesinde sicil ve başarı değerlemesinin esas alınacağı belirtilmek suretiyle güvence sağlanmıştır.

Sözleşmeli personel, sosyal güvenlikleri bakımından TC. Emekli Sandığı'na bağlı kılınmaktadır. Böylece, memur kadrolarından sözleşmeli konuma geçenler ile ilk kez açıktan sözleşmeli olanlar arasında sosyal güvenlik kuruluşu farklılığı giderilmektedir. Kamu iktisadi teşebbüslerinde sosyal tesis ve olanaklarından yararlanmada memurlara benzer bir düzenleme getirilmiştir.

Böylece 308 sayılı KHK iptal kararının gerekçesinde yer alan güvencelerin sağlandığı görülmektedir." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12-K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG).

²⁸⁷ 399 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında şu ifadeye yer verilmiştir: "Sözleşmeli personel ile akdedilecek sözleşmeler Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak yönetmelikle tespit edilecek tip sözleşme çerçevesinde ve takvim yılı itibariyle yıllık olarak düzenlenir."

yer alan DPB'dedir.²⁸⁸ Bu itibarla, hukuki düzenleme olarak ortada bir sözleşme bulunmakla birlikte, bu sonucu doğuran hukuki işlem tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerine dayanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de sözleşmeli personel ile KİT arasındaki ilişkinin statü hukukuna dayandığı görüşündedir:

“Yönetmelikle belirlenecek tip sözleşme 399 sayılı KHK'nin 3. maddesi uyarınca bu KHK'de belirlenen kurallara uygun olacaktır. Bu durum, sözleşme içeriğinin her yıl değiştirilmesine ve istenildiği gibi saptanmasına engeldir.

Öte yandan, KHK'nin 15. ve 45. maddelerinde sözleşmelerin hangi hallerde feshedileceği kurala bağlanmıştır. Bunda sicil sistemi önemli rol oynamaktadır. KHK ile çizilen hukuki çerçeve statüer özellik taşımaktadır. Statü hukukuna bağlı hizmetlerde çalıştırılan personelin sözleşmelerinin geçici olması düşünülemez.”

Diğer taraftan, KHK'de yıllık izinler²⁸⁹ haricindeki izinler²⁹⁰, sosyal güvenlik²⁹¹ ve disiplin işlemleri²⁹² gibi bazı hususlarda KİT'lerde görevli sözleşmeli personelin Devlet memurları ile aynı hükümlere tabi tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca KHK'de hüküm bulunmayan hallerde DPB'nin görüşü üzerine DMK hükümleri de uygulanabilmektedir. Bunun yanında,

²⁸⁸ 399 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesi yanında yönetmelik hükümleri de Teşebbüslere sözleşmede doğrudan değişiklik yapma yetkisi tanımamıştır. 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerine Göre Yapılacak Sözleşmelerde Yer Alacak Hususların Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 4 üncü maddesi şu şekildedir: “399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla (EK:1) ve (EK:2) de yer alan tip sözleşmelerde teşebbüs ve bağlı ortaklıkların teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü üzerine değişiklik yapılabilir.”

²⁸⁹ Yıllık izin süreleri her iki statüde de aynıdır. Yıllık izinlerin kullanımına ilişkin en önemli fark memurların cari yıl ve bir önceki yıla ait izinlerini birlikte kullanmaları mümkünken (657 s. Kanun m.103), KİT sözleşmeli personelin cari yıl içerisinde izin hakkını kullanmak zorunda olmasıdır (399 s. KHK m.21) .

²⁹⁰ 399 sayılı KHK m.23.

²⁹¹ 399 sayılı KHK m.12.

²⁹² 399 sayılı KHK m.44.

sözleşmeli personel kamu hizmetine alınma²⁹³ ve görevde yükselme²⁹⁴ konularında Bakanlar Kurulunca çıkarılan yönetmeliklerin de kapsamında tutulmuştur.

KİT'lerde istihdam edilen sözleşmeli personel asli ve sürekli görevleri ifa etmemektedir. Asli ve sürekli görevler haricinde kalan görevlerin hangi nitelik ve statüdeki personel eliyle yürütüleceği ise yasa koyucunun takdirindedir. 399 sayılı KHK ve bu KHK'de değişiklik yapan yasal düzenlemeler sözleşmeli personel statüsünü sürekli ve güvenceli bir zemine oturtmuştur. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamındaki kamu görevlilerinin statülerine ilişkin temel çerçeve kanun ile çizilmelidir. Buna karşın kamu hizmetine girme ve disiplin hükümleri haricindeki hususlar KHK ile düzenlenebilmektedir. Mahkeme, KHK'nin disiplin hükümlerini, bu hükümlerin kanun ile düzenlenmesi gerektiği

²⁹³ Her iki statüde de göreve başlamak için yapılacak sınavlarda başarı gösterilmesi gerekmektedir. Yasal düzenlemelerde, yapılacak sınavlara ilişkin genel ifadelere yer verilmiştir (657 s. Kanun m.50, 399 s KHK m.8). Ancak, Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte (03/05/2002 tarihli ve 24744 sayılı RG) yapılacak sınavlar ortak düzenlenmiştir.

Yönetmeliğe göre, uzmanlık, müfettişlik gibi kariyer meslekler dışında kalan memur kadroları ile sözleşmeli personel pozisyonlarına atanmaya hak kazanacak kişiler, yapılacak merkezi sınav (KPSS) ve bu sınav puanları esas alınarak yapılacak merkezi yerleştirme işlemleriyle tespit edilecektir. Buna göre adaylar sınav (KPSS) neticesinde aldıkları puanla yapacakları tercihlere göre memur ya da sözleşmeli personeli olarak atanma hakkı elde edebilmektedirler. Diğer bir ifadeyle, memurlar ve KİT sözleşmeli personeli aynı süreç sonunda göreve başlamaktadır. Aday, yaptığı tercihlere ve puan sıralamasına göre her iki statüde de görev alabilmektedir. Burada önemli bir diğer husus ise idarenin objektif şartları taşıyan personeli göreve başlatma zorunluluğudur. Merkezi yerleştirme işlemlerine göre göreve başlamaya hak kazanan bir adayın atamasının yapılması ya da adayla sözleşme imzalanması konusunda idarenin takdiri bulunmamaktadır.

²⁹⁴ Kamuda, daire başkanı kadrosunun hiyerarşik olarak altında yer alan yönetici kadrolarına yapılacak atamalarda aranacak şartlar Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren bir genel yönetmelikle düzenlenmiş, her kurum ve kuruluş bu yönetmeliğe uygun kurumsal bir yönetmelik hazırlamıştır. KİT'ler de bu uygulamanın kapsamındadır. (Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Esaslarına Dair Genel Yönetmelik 18/04/1999 tarihli ve 23670 sayılı RG).

gerekçesiyle iptal etmiştir.²⁹⁵ Ancak, işe alma, işe alınacaklarda aranacak şartlar ve sınav gibi kamu hizmetine girme hakkına ilişkin hükümleri Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.²⁹⁶

Bu değerlendirmeler ışığında, 399 sayılı KHK ile çerçevesi çizilen sözleşmeli personel statüsünün Anayasa'nın 128'inci maddesinde öngörülen şartları büyük ölçüde taşıdığı ileri sürülebilir. Ancak, bu personel eliyle yürütülen işlerin özel hukuk hükümlerine tabi olarak istihdam edilecek personel eliyle yürütülmesi ya da özel kişilere gördürülmesi yasa koyucunun takdirindedir. Konu bu açıdan ele alındığında, sözleşmeli personel ve genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler dışındaki görevleri üstlenen Devlet memurlarının durumlarının benzer nitelik arz ettiği söylenebilir.

²⁹⁵ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12–K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

²⁹⁶ Mustafa Şahin karşı oy yazısında bu durumu eleştirmiştir: “Anayasa'nın 70. maddesi, kamu hizmetlerine girecek personelde olması gereken nitelikleri belirlerken, aynı ereği güden 128. maddesi de, hizmete alınan personelin hukuki statüsünü düzenlemektedir. Bu iki madde arasındaki ilişki, genel-özel hükümler niteliğinde olmayıp, birbirini tamamlayan hükümler niteliğindedir. Bunun böyle olması, Anayasa'nın tümüne egemen olan ilkenin bir gereğidir. Kamu personeline ilişkin anayasal ilkeler, Siyasi iktidarın ve hükümet edenlerin yanında bir de idare kudretinin de varlığı esasına dayandırılmıştır. Personel istihdamında, keyfilik ve kayırmanın değil, ehliyet ve liyakat'ın korunmasına; gerektiğinde direnme ve uyan görevini yapabilecek güce sahip sivil bir bürokrasinin oluşumuna özen gösterilmiştir. Bu itibarla, Anayasa'nın 70. maddesini somutlaştıran ve fonksiyonel açıdan onu tamamlayan 128. maddeyle ilgili konularda, KHK'lerle düzenleme yapılması, Anayasa'nın hem 70. maddesi ve hem de genel esprisiyle çelişir. Aksi halde, Anayasa altı üstünü tutmaz bir hukuki yapıt olarak uygulanmış olur. Anayasa koyucunun birbirini tutmayacak sonuçlar doğurmaya müsait hükümler içeren Anayasa yapmış olması düşünülemez. Uygulamada yorumlar yapılırken, değil Anayasa'nın, herhangi bir yasanın bile, bütün hükümlerinin ve hükümleri sonuçlarının, hukuk ve sosyal isterler açısından birbiriyle uyum içinde olan, biri diğerini tamamlayan bir bütün sayılması, genel kuraldır. Bu nedenle, kendisine kapalı olan bir alanı düzenleyen 399 sayılı KHK'yi öncelikle bu yönden Anayasa'ya aykırı saymak gerekir.”

2.2.1.3. Statüsünün Esaslı Unsurları Düzenleyici İşlemlerle Tespit Edilen Sözleşmeli Personel

Çalışmanın konusu dikkate alındığında, birbirinden farklı esas ve usullere tabi sözleşmeli istihdam biçimlerinin bu başlık altında ele alınması mümkündür. Yasal bir düzenlemeyle sözleşmeli istihdama dayanak oluşturulmakta ve oluşturulan sözleşmeli statüye ilişkin kuralların düzenleyici işlemlerde gösterileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle, kanunda istihdam biçimi zikredilmekte ve statünün çerçevesinin gösterilen idari makam tarafından çıkarılacak düzenleyici işlemle çizileceği belirtilmektedir. Kanunda temel birtakım kurallar gösterilmekle birlikte statünün esaslı unsurlarını belirleme yetkisi idareye bırakılmaktadır. Bu başlık altında incelenen sözleşmeli istihdam biçimleri şu şekilde gruplandırılabilir:

i. Genel sözleşmeli istihdam biçimleri: İlgili kanunun kapsamında olan tüm idarelerde istihdam edilebilmektedirler. DMK'nin 4/B maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen sözleşmeli personel ve yerel yönetimlerde ilgili kanun maddelerine ²⁹⁷ dayanılarak istihdam edilen sözleşmeli personel buna örnek olarak gösterilebilir. Sözleşmeli istihdam bu kurumlarda ana istihdam biçimini oluşturmamaktadır. İlgili mevzuatında gösterilen birtakım görevler sözleşmeli personel eliyle yürütülmektedir.

ii. Teşkilat kanunu uyarınca belirli görevleri icra etmek üzere istihdam edilen sözleşmeli personel: Kurum ve kuruluşların teşkilat kanunlarında belirli görevleri üstlenmek üzere sözleşmeli personel istihdam edilmesine imkân

²⁹⁷ 5393 sayılı Belediye Kanunu m.49, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m.22, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m.36, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu m.22.

veren düzenlemelere yer verilebilmektedir.²⁹⁸ Bu durumda asli ve sürekli görevler kural olarak Devlet memurları eliyle yürütülmektedir. Sözleşmeli personel ise teşkilat kanununda yer alan hükme istinaden belirli görevleri üstlenmek üzere çalıştırılmaktadır.

iii. Teşkilat kanunu uyarınca kurumun asli görevlerini üstlenmek üzere istihdam edilen sözleşmeli personel: Kural olarak genel idare esaslarına göre bir kamu hizmetini yürütmekle yükümlü olmayan bazı kurumlarda asli ve sürekli faaliyetlerin kuruma özgü bir istihdam biçimi olan sözleşmeli personel eliyle yürütülmesi söz konusu olabilmektedir.²⁹⁹

Görevin Niteliği ve Statünün Düzenlenmesi Arasındaki İlişki:

Statüsünün esaslı unsurları düzenleyici işlemlerle tespit edilen sözleşmeli personel idare hukuku usul ve esasları çerçevesinde istihdam edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmeli personel idare hukuku anlamında kamu görevlisidir. Buna karşın, Anayasa'nın 128'inci maddesinde ifadesini bulan asli ve sürekli görevleri ifa edecek kamu görevlilerinin statülerinin esaslı unsurlarının yasal düzenlemelerle tespit edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle bu görevleri üstlenecek personel statüsünün bir istihdam biçimi olarak kanunda zikredilmesi yeterli değildir. Sözleşmeli personelin

²⁹⁸ 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu m.28, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.36/A, 656 sayılı Türk İşbirliği ve Koordinasyon Ajansı Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.16. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

²⁹⁹ 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu m.27, 4456 sayılı Türkiye Kalkınma Bankası Anonim Şirketinin Kuruluşu Hakkında Kanun m.15, 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun m.13, bu kurum ve düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

üstleneceği görevin bu nitelikte olması halinde ise statünün esaslı unsurlarının kanunda düzenlenmesi gerekmektedir.

Aile hekimi istihdamına ilişkin yakın tarihli kararlar Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımını ortaya koymaktadır. Mahkeme öncelikle aile hekimlerinin yürüttüğü faaliyetin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli bir görev olduğuna ve dolayısıyla aile hekimlerinin Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında kamu görevlileri olduklarına hükmetmiştir.³⁰⁰ Daha sonraki kararlarda ise bu kapsamdaki kamu görevlilerinin statülerinin esaslı unsurlarının kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.³⁰¹ Mahkemenin mali hakları dışında DMK'ye tabi sözleşmeli personel için geliştirdiği içtihadta da benzer bir yaklaşım izlenmektedir. Buna göre içtihadın istikrar kazandığını söylemek mümkündür.

2.3.4. Kapsam Dışı Personel

KİT³⁰² personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK'nin geçici 9'uncu maddesinde istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir:

³⁰⁰ "... [A]ile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. ... Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan 'diğer kamu görevlisi' kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır." (Anayasa Mahkemesi, K.G. 21/02/2008, E:2005/10– K:2008/63, 07/11/2008 tarihli ve 27047 sayılı RG).

³⁰¹ Anayasa Mahkemesi, K.G. 03/10/2013, E:2012/103– K:2013/105, 17/12/2014 tarihli ve 29208 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 11/09/2014, E:2014/82– K:2014/143, 10/01/2015 tarihli ve 29232 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 17/12/2014, E:2014/186– K:2014/188, 10/01/2015 tarihli ve 29232 sayılı RG.

³⁰² Çok sınırlı ve istisnai bir uygulama olarak KİT'ler dışında bazı kamu kurum ve kuruluşlarında da kapsam dışı personel istihdam edilebilmektedir. Bu kurumlara Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu ve Orta Doğu Teknik Üniversitesi örnek gösterilebilir.

“Özel hukuk hükümlerine göre kurulmuş olup yönetim kademelerinde iş kanunları çerçevesinde personel çalıştıran ve ekli 1 sayılı cetvelde yer almayan teşebbüs ve bağlı ortaklık personeli hakkında, yeni bir düzenleme yapılincaya kadar 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tabi oldukları iş kanunu hükümleri uygulanır. Bu kuruluşların genel müdür, genel müdür yardımcısı ve yönetim kurulu üyelerinin (seçimle gelenler hariç) atanmalarında 2477 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Bunun dışında kalan görevlere yönetim kurullarınca atama yapılır.”

Bu düzenleme çerçevesinde bazı KİT’lerde istihdam rejimi özel hukuk hükümleri çerçevesinde şekillenmiştir.³⁰³ Anayasa Mahkemesi söz konusu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.³⁰⁴

“KİT’ler içinde çok farklı konumu olan bu kuruluşlarla ilgili geçici düzenleme Anayasa’ya aykırı görülmemiştir.”

KİT’lerde genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler bulunduğunu ve kamu görevlisi istihdamının anayasal bir zorunluluk olduğunu belirten Mahkeme, aynı kararında bazı KİT’lere muafiyet tanınmasını Anayasa’ya aykırı görmemiştir. Bu KİT’lerin³⁰⁵ diğer KİT’lerden ne gibi farklılıkları bulunduğu ve düzenlemenin neden Anayasa’ya aykırı olmadığı konusunda da herhangi bir açıklama getirilmemiştir.

³⁰³ 399 sayılı KHK öncesinde KİT personel rejimini düzenleyen 308 sayılı KHK tüm kitleri kapsamına almış ve istihdam biçimini sözleşmeli statü olarak biçimlendirmiştir. Buna karşın 399 sayılı KHK ile getirilen geçici düzenleme ile bazı KİT’ler genel personel rejimi dışarısında tutulmuştur.

³⁰⁴ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

³⁰⁵ Bu KİT’lere Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Genel Müdürlüğü, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Türkiye Elektromekanik Sanayii Genel Müdürlüğü, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Genel Müdürlüğü örnek gösterilebilir.

Personel rejiminin özel hukuk zeminine kurulması, söz konusu KİT’lerde kapsam dışı personel uygulamasını gündeme getirmiştir. Kapsam dışı personel uygulamasının İş Kanunu anlamında işveren vekili sayılan ve yönetsel görevler üstlenen personel ile bazı büro personelinin toplu iş sözleşmesinin birtakım hükümlerinden yararlanmalarının yine toplu sözleşme hükümleriyle engellenmesi olarak özetlenmesi mümkündür.³⁰⁶ Ülkemizde kapsam dışı personel uygulaması toplu iş sözleşmelerine kapsama ilişkin hükümler konulması suretiyle oluşmuştur.³⁰⁷ Kapsam dışı personel uygulamasına ilişkin bir düzenlemeye mevzuatta³⁰⁸ yer verilmemiştir. Buna karşın Yargıtay uygulamayı hukuka aykırı bulmamıştır.³⁰⁹

Uygulamanın Kamu Hukuku Alanında Kabul Edilmesi:

Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu bir ilke kararında kapsam dışı personeli şu şekilde tanımlamıştır.³¹⁰

“Kamu İktisadi Teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında kapsam dışı personel adı altında İş Yasası çerçevesinde çalıştırılan bir kesim bulunmaktadır. Kapsam Dışı Personel deyimi uygulama alanına girdiğinde, Kanun ve KHK.lerde yer almamakta, sendikalarla işveren arasında aktedilen toplu iş sözleşmelerinde bahis konusu edilmekte ve toplu iş sözleşmesinden yararlananlar “kapsam içi” diğerleri de “kapsam dışı” olarak adlandırılmaktadır.”

³⁰⁶ Fevzi Şahlanan, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s.150.

³⁰⁷ Fevzi Şahlanan, **Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi**, s.150.

³⁰⁸ 1963 yılında yürürlüğe konulan 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda ve sonrasında 1983 yılında yürürlüğe konulan 2822 sayılı Toplu - İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda ve 2012 yılında yürürlüğe giren 6356 Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda kapsam dışı personel uygulamasına dayanak teşkil eden bir hüküm bulunmamaktadır.

³⁰⁹ Nuri Çelik, Kapsam Dışı Personelere Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine, **Kamu-İş Dergisi**, C: 7, S: 3, Ankara, 2004, s.1.

³¹⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu, K.G. 22/01/1996, E: 1995/1, K:1996/1, 01/03/1996 tarihli ve 22567 sayılı RG.

Bazı Danıştay kararlarında da Uyuşmazlık Mahkemesinin tanımına atıf yapıldığı görülmektedir.³¹¹

Diğer taraftan, 1994 yılında çıkarılan ve günümüzde de yürürlükte olan bir KHK'de "*kapsam dışı personel*" ifadesine yer verilerek, kapsam dışı personelin ücretlerinde gerektiğinde düzenleme yapma yetkisi Yüksek Planlama Kuruluna (YPK) verilmiştir.³¹² YPK ise bu yetkiyi kural olarak kurum bazında bir ücret tavanı belirlemek suretiyle kullanmaktadır.³¹³ Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında tutulan ve bireysel iş akdiyle ücretleri düzenlenen personele ödenecek üst sınır YPK tarafından belirlenmektedir.³¹⁴

Yine 1994 yılında yürürlüğe giren bir kanunla³¹⁵ çalıştığı KİT'in özelleştirilmesi ya da tasfiye edilmesi halinde kapsam dışı personelin kamu

³¹¹ Örneğin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K.G. 23/06/2006, E:2006/622 - K:2005/772; Danıştay 1. Daire K.G. 07/07/2004, E:2004/80, K:2004/118.

³¹² 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İle İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 31 inci maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: "233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 9 ve ek 1 inci maddelerinde belirlenen kuruluşlardan yönetim kademelerinde sözleşmeli statüde personel çalıştıranların genel müdür, genel müdür yardımcısı, daire başkanı, müdür, grup başkanı, müdür ve başkan yardımcısı, şef ve memur gibi unvanlarla çalışan yönetim personelinin (kapsam dışı personel dahil) mevzuatlarına göre tespit edilecek sözleşme ücretlerinin yürürlüğe konulabilmesi için ilgili Bakanlıkça ayrıca Yüksek Planlama Kurulunun uygun görüşünün alınması şart olup söz konusu ücretlerde gerektiğinde düzenleme yapmaya Yüksek Planlama Kurulu yetkilidir."

³¹³ Bkz. 31/12/2012 tarihli ve 2012/T-26 sayılı Yüksek Planlama Kurulu Kararı 26/04/2013 tarihli ve 28629 sayılı RG.

³¹⁴ Açılan bir davada İdare Mahkemesi yönetmelikte belirtilen bir tazminatı ücretten ayrı ek bir ödeme kabul ederek YPK tarafından belirlenen ücret tavanının bu tür ödemeleri kapsayamayacağına karar vermiştir (Ankara 15. İdare Mahkemesi, K.G. 27/01/2012, E:2001/1801, K:2012/104). Danıştay bu kararı onamıştır (Danıştay 15. Daire, K.G. 25/09/2014, E:2012/4619, K:2014/5528).

³¹⁵ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun m.22. (Maddede 2005 yılında yapılan bir değişiklik ile nakil hakkı tanınan personel unvanlar bazında sınırlandırılmıştır. Mevcut haliyle maddede nakil hakkı tanınan personel şu şekilde ifade edilmiştir: "... [İ]ş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel").

kurum ve kuruluşlarına Devlet memuru statüsüne nakledilmesine imkân tanınmıştır.

Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği ilke kararı çerçevesinde bu düzenlemeleri gerekçe göstererek kapsam dışı personel ile çalıştığı KİT arasındaki uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğuna hükmetmiştir.³¹⁶

“Kapsam dışı personel hakkında düzenlemeye 418 sayılı KHK.de yer verilmiş ise de bu KHK Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Daha sonra bu personelin 18.5.1994 gün ve 527 sayılı KHK.de ve 24.11.1994 gün ve 4046 sayılı Yasa’da yer aldığı ve İş Yasası’na tabi olmasına rağmen kamu personeli sayıldığı Yasa’nın sistematiğinden, yani bunlara Yasada memur ve sözleşmeli personelle birlikte yer verilmesinden anlaşılmaktadır. Kapsam dışı personel olarak belirlenen görev unvanlarını taşıyanların kurumda belli bir süre çalıştıktan sonra sendika ile ilişkisini kesen ve daha çok idareci niteliğindeki personel olduğu, bu ayırmadaki amacın, bu kesimin, yetki ve ücretinin tayin ve takdirinin idareye bırakılması ve statülerinin, aslî ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütülen personele yaklaştırılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle 4046 sayılı Yasa hükümlerinden, kapsam dışı personelin de kamu personeli sayıldığı sonucu çıkmaktadır.”

Mahkeme daha sonra verdiği kararlarda da bu ilke kararına bağlı kalmıştır.³¹⁷

“Kapsam dışı personelin sosyal güvenlik yönünden 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi kılınması veya bir kısım hak ve yükümlülüklerinin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine paralel olması ya da anılan Kanuna atıfta bulunulmasının, idare ile kamu personeli olan görevlileri arasındaki idare hukuku ilkelerine dayanan kamu hukuku ilişkisini ortadan kaldıramayacağı; teşebbüs veya bağlı ortaklıktaki kamu kesimi paylarının %50’nin altına düşmesi ve kuruluşun kamu

³¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Kurulu, K.G. 22/01/1996, E: 1995/1, K:1996/1, 01/03/1996 tarihli ve 22567 sayılı RG.

³¹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, K.G.02/03/2009, E.2008/399; K.2009/65 (<http://www.uyusmazlik.gov.tr>)

kurumu niteliğini kaybetmesi halinde işveren ile personeli arasındaki hukuki ilişkinin özel hukuk ilişkisi niteliğine dönüşeceği kuşkusuzdur.”

Buna göre, KHK ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak istihdam edilmesi öngörülen personelden bir kısmı ile idare arasındaki istihdam ilişkisinin kamu hukuku alanında olduğuna hükmedildiğini söylemek mümkündür.

Statünün Yönetmelikle Düzenlenmesi:

İstihdam ilişkisinin kamu hukuku alanında kabul edilmesini takiben kapsam dışı personel istihdamının yönetmelik ile düzenlenmesi yönünde bir eğilim oluşmuştur.³¹⁸ Açılan bir dava üzerine Danıştay 5. Dairesi konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğini³¹⁹ iptal etmiştir.³²⁰ Kararı temyizen inceleyen İdari Dava Daireleri Kurulu konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşüne katılmakla birlikte yasal düzenleme yapılana kadar kapsam dışı personelin hukuki durumunun belirsiz kalmasının doğru olmayacağı gerekçesiyle 5. Dairenin kararını bozmuştur.³²¹

“... [B]u konuda yasal düzenleme yapılıncaya kadar bu statünün mevcut düzenlemeler doğrultusunda devam ettirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Aksine bir yorumla, yasal düzenleme yapılıncaya kadar istihdam edilmekte olan kapsam dışı personel hakkında uygulanabilecek herhangi bir düzenleme bulunmayacak ve

³¹⁸ Örneğin, BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Genel Müdürlüğü Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği 07/06/2001 tarihli ve 24425 sayılı RG; Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği 06/09/2005 tarihli ve 25928 sayılı RG.

³¹⁹ 19/03/2001 tarihli ve 24347 sayılı RG.

³²⁰ Kararda 399 sayılı KHK'nin geçici 9 uncu maddesinde yer alan “*yeni bir düzenleme yapılıncaya kadar*” ifadesi ile kastedilen düzenlemenin Anayasa'nın 128 inci maddesi dikkate alındığında kanunla yapılması gerektiğine kuşku bulunmadığı ifade edilmiştir. (Danıştay 5. Daire K.G. 21/10/2005, E:2001/3045, K:2005/4749.).

³²¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K.G. 23/06/2006, E:2006/622 - K:2005/772.

statünün hukuki durumunun belirsizleşmesi veya ortadan kalkması sonucuna yol açılabilecektir ki, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 9. Maddesi ile böyle bir durum öngörülmediği de açıktır.”

Konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmekle birlikte, hukuki bir belirsizlik oluşması istenilmemiştir. Bunun sonucunda ise kurumlarca çıkartılan yönetmelikler kapsam dışı personel istihdamı açısından temel düzenlemeler halini almıştır.

Bazı KİT'ler diğerlerinden ayrılarak istihdam rejimlerinin özel hukuk üzerine inşa edilmesi öngörülmüştür. Bunun neticesinde, yönetim ve büro görevleri üstlenen bazı işçiler toplu iş sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi de bu istihdam biçimini özel hukuk alanında kabul etmiştir.³²² Buna karşın Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları neticesinde, toplu iş sözleşmesi kapsamı dışında tutulmak kamu hukuku alanında bir statü halini almıştır. Bu çelişik durumun ortaya çıkmasında Anayasa Mahkemesinin KİT'lerde Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında yürütülecek görevler bulunduğu yönündeki oturmuş içtihadında herhangi bir açıklama yapmaksızın bir istisna oluşturulmasına müsaade etmesinin de rolü olduğu söylenebilir.

Bu itibarla kapsam dışı personel statüsünün Anayasa'nın 128'inci maddesinde yer alan unsurları da içeren yasal bir düzenlemeyle yeniden ele

³²² “... [K]apsam dışı statüde geçen hizmetlerin memur statüsünde geçmiş gibi değerlendirilebileceği yolundaki yasa hükmü, kamu sektörü dışında ve kamu sektöründe işçi statüsünde çalışanları kapsamaktadır.

Bu hizmetlerin mali, sosyal hakların saptanmasında ve emeklilikte, olduğu gibi değerlendirilebilir duruma getirilmesi, genel uygulama dışında KİT'lerde çalışacak bir kısım görevliye ayrıcalık sağladığı için, inceleme konusu düzenleme eşitlik ilkesi yönünden Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.” (Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12–K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG).

alınması gerektiği ileri sürülebilir. Diğer taraftan, kapsam dışı personelin yasal bir düzenleme ile mevcut personel statülerinden birine dâhil edilmesi de mümkündür.

Kapsam dışı personel istihdam eden kurumların Ziraat ve Halk Bankaları ile PTT örneklerinde olduğu gibi KİT statüsü dışında bir statüde yeniden örgütlenmesi ise personel rejiminin tam anlamıyla özel hukuk alanına taşınmasına imkân verecektir.

Özetle hukuki belirsizliğin giderilmesi için personel statüsünün ya da ilgili kurumların statüsünün yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

SONUÇ

İdare hukuku açısından kamu görevlileri bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir. Kavram, 1982 Anayasası'nda yer almasını takiben içtihat ve doktrinde çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Buna karşın tartışmalar kavramın tanımından ziyade kapsamı üzerinde odaklanmaktadır. Kavrama, başta Anayasa'nın çeşitli maddeleri olmak üzere mevzuatta farklı kapsamı işaret eder biçimde yer verilmesi de zaman zaman durumu karmaşık hale getirmektedir. Yargı kararlarında, mevzuat genellikle amaçsal yoruma tabi tutularak kavrama işlerlik kazandırılmaya çalışılmıştır.

Anayasa'nın 128'inci maddesi kamu görevlilerine ilişkin temel hukuk normu niteliğindedir. Ancak maddenin kapsamı personelin statüsü üzerinden değil personelce üstlenilecek görevler üzerinden çizilmiştir. Buna göre kamusal usulle yürütülmesi zorunlu olan görevlerin kamu görevlilerine gördürülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla madde emanet usulüyle yürütülecek asgari bir alana işaret etmektedir.

Buna karşın, 128'inci madde çerçevesinde kamu görevlisi istihdam edilecek asgari alanın nasıl tespit edileceği hususunda objektif ölçütler geliştirilememiştir. 47'nci maddede yapılan değişiklikler neticesinde durum daha da karmaşık bir hal almıştır. Her ne kadar kamu gücü ve ayrıcalıklarının varlığı emanet usulünü işaret eden bir ölçüt olarak ortaya konulmuşsa da bu ölçütün somutlaştırılamadığı gözlemlenmiştir. Konuya ilişkin kararların dava

konusu kamu hizmetinin mevcut işleyişi hakkındaki kanaatlere dayanılarak verildiği izlenimi oluşmaktadır.

Kamu görevlisi istihdam edilecek asgari alanın tespitine ilişkin hukuki bir netlik bulunmamakla birlikte, 128'inci maddenin kamu görevlilerinin tabi olacağı hukuki rejim üzerindeki etkilerinin belirginleştiği söylenebilir. Madde kapsamındaki görevleri üstlenecek personelin daimi olarak kamu hizmetine girmiş olması gerekmektedir. İdare ile kamu görevlileri arasındaki istihdam ilişkisi de kanuna dayanmakta ve kamu hukuku çerçevesinde önceden düzenlenmiş kurallara göre şekillenmektedir. Kamu görevlerinin hukuki durumu genel, gayri şahsi ve süreklidir. Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamındaki görevleri üstlenen personelin statüsünün esaslı unsurları kanunla düzenlenmelidir. Statüye ilişkin temel kurallar ve çerçeve, kanunda belirtilmelidir. Başka bir ifadeyle kamusal usulle yürütülmesi zorunlu olan görevleri icra edecek personelin kanunda zikredilmesi yeterli değildir. Bu görevleri icra edecek kamu görevlilerinin statüleri kanunla şekillenmelidir.

Devlet memurları, hakimler ve savcılar, öğretim üyeleri, subaylar ve astsubaylar ile mali hakları dışında DMK'ye tabi tutulan sözleşmeli personel Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamındaki görevleri üstlenen kamu görevlileridir. 399 sayılı KHK çerçevesinde KİT'lerde istihdam edilen sözleşmeli personel ise Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında olmayan görevleri üstlenmiştir. Buna karşın mevcut düzenlemelere göre KİT sözleşmeli personel statüsü Devlet memuru statüsüne yakın bir görünüm almıştır.

Çalışma kapsamında incelenen diğer sözleşmeli personel statüleri bir istihdam biçimi olarak kanunda zikredilmiştir. Bu statülere ilişkin esaslı unsurlar ise büyük ölçüde düzenleyici işlemlerle belirlenmektedir. Dolayısıyla, bu statülere dâhil personelin kamusal usulle yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri üstlenmesi mümkün değildir. Bu personele asli ve sürekli görevlerin gördürülmesinin öngörülmesi halinde statünün esaslı unsurlarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihamı da bu yöndedir.

Kamu görevlilerine ilişkin temel kurallar yasal düzenlemelerde gösterilmiş olmakla birlikte birçok konu düzenleyici idari işlemler çerçevesinde şekillenmektedir. Yasaların çizdiği çerçevenin idareye geniş bir düzenleme alanı bıraktığı söylenebilir. Bu doğrultuda Bakanlar Kurulu kararlarıyla pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin önemli bir bölümü yönetim tekniğinden çok statüye ve statüye giriş şartlarının tespitine ilişkindir. Bu durum, genel olarak yürütme organının düzenleme yetkisinin artması yönünde oluşan eğilimin kamu personel hukukuna yansması olarak kabul edilebilir.

KAYNAKÇA

- **Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor**, Devlet Personel Dairesi, Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1962.
- **Kamu Görevlileri Elkitabı**, TODAİE, Yayın No:308, Ankara, 2002.
- AKBULUT, Emre **Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- AKGÜNER, Tayfun **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2009.
- ALBAYRAK S.O./SAYAN İ.Ö. Kamuda Melez Bir Statü: Kadro Karşılığı Sözleşmeli Personel, **Mülkiye Dergisi**, C:35, S:272, Ankara, 2011, s.195-216.
- ASLAN, Onur Ender **Kamu Personel Rejiminin Anayasal İlkeleri**, Tarihi ve Toplumsal Temelleri, TODAİE Yayın NO:330, Ankara, 2006.
- ASLAN, Onur Ender **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÇAL, Sedat Araç Muayene Hizmetinin 'Özelleştirilmesi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, S.2, Ankara, 2008, s. 63-113.
- ÇELİK, Nuri Kapsam Dışı Personelerle Sağlanan Menfaatlere İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine, **Kamu-İş Dergisi**, C: 7, S: 3, Ankara, 2004, s.1-7.
- DALKILIÇ, Elvin Evrim İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı, **Ankara Barosu Dergisi**, S:2, Ankara, 2013, s.103-123.
- DEMİR, İbrahim **Cumhuriyet Öncesi ve Cumhuriyetin 50. Yılında Devlet Memuru**, Devlet Personel Dairesi Yayınları, Ankara, 1973.

- DUGUİT, Leon **Kamu Hukuku Dersleri**, Çev. Süheyp Derbil, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- DURAN, Lûtfi Türk Hukukunda İdari Mukaveleler, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:30, Sayı:1-2, İstanbul, 1964, s.418-447.
- DURAN, Lûtfi İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşriî ve Tanzimî Tasarrufların Sınırı, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 30, Sayı 3-4, İstanbul, 1964, s.466-492.
- DURAN, Lûtfi “İktisadi Devlet Teşekküllerinde çalışanların durumu...”, **Personel Rejimi Semineri**, Yalova Termal Oteli, 07/02/1967, M.O. Prodüktivite Kurumu Yayını, İstanbul, 1967.
- DURAN, Lûtfi İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu İle Sendika ve Grev Hakları, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:33, Sayı:1-2, İstanbul, 1967, s.34-51.
- DURAN, Lûtfi **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:648, İstanbul, 1982.
- DURAN, Lûtfi Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II), **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 19, S.2, TODAİE, Ankara, Haziran 1986.
- DURAN, Lûtfi Peştemallık ve Ulufe Ya da Kolluk Yetkisinin Paraya Çevrilmesi, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:20, S:1, TODAİE, Ankara, Mart 1987, s.3-14.
- DURAN, Lûtfi **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.
- GİRİTLİ, İsmet Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.493-497.
- GİRİTLİ, İsmet **Amme İdaresi Teşkilatı ve Personeli**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 5. Bası, İstanbul, 1975.

- GÖZLER, Kemal **İdare Hukuku**, Cilt: I-II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/
TAN, Turgut **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÜNAY, Faruk Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.62, Ankara, 2006.
- GÜNDAY, Metin **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜRAN, Sait **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980.
- GÜRAN, Sait Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:1, Ankara, 1984.
- GÜRAN, Sait Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:6, Ankara, 1989.
- KANLIGÖZ, Cihan 1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:43, Sayı:1-4, Ankara, 1993, s.169-201.
- KARAHAN_ OĞULLARI, Onur **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- KARAHAN_ OĞULLARI, Onur Kamu Hizmeti Piyasa İlişkisinde Dördüncü Tip: Eksik İmtiyaz (Kamu Özel Ortaklığı), **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:66, S:3, Ankara, 2012, s.175-215.
- KARSLI, Mehmet Rauf **Devlet Eliyle Sanat ve Kamuda Sanatçı Olarak Çalışmak**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KOCAYUSUF_ PAŞAOĞLU, Necip	Borçlar Hukukuna Giriş , Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
ONAR, Sıddık Sami	İdare Hukukunun Umumi Esasları , Birinci Cilt, İkinci Tabı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960.
ONAR, Sıddık Sami	İdare Hukukunun Umumi Esasları , İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
OZANSOY, Cüneyt	Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu , Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1989.
ÖZKAN, Mustafa Şeref	İdare Hukuku Ders Notları , Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Cemiyeti Neşriyatı, No:5, Ankara, 1935.
ÖZTÜRK, K. Burak	Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı , Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
ÖZYÖRÜK, Mukbil	İdare Hukuku Dersleri , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972-1973.
SANCAKDAR, Oğuz	İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı , 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
SAYAN, İpek Özkan	Türkiye’de Kamu Personel Sistemi: İdari, Askeri, Akademik, Adli Personel Ayrımı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi , C:64, S:1, Ankara, 2009, s.201-245.
SEVER, D. Çiğdem	Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa’nın 128. Maddesinin I. Fıkrası, Ankara Barosu Dergisi , S:3, Ankara, 2013, s.245-268.
SEZER, Yasin	Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt:11, S:3-4, Konya, 2003, s.153-171.
ŞAHLANAN, Fevzi	Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Personel Rejimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C:9, Özel Sayı, İzmir, 2007, s.135-156.

- TAN, Turgut Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt:8, Ankara, 1991.
- TAN, Turgut **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- TEKİNSOY, M. Ayhan İdarî Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, S.2, Ankara, 2006, s.181-228.
- ULER, Yıldırım Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:22-23, Sayı:1-4, Ankara, 1965-1966.
- ULUSOY, Ali Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:48, S:1-4, Ankara, 1999, 165-176.
- ULUSOY, Ali Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görölüş Usulleri Kavramları, **Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti**, Liberte Yayınları, Ankara, 2001, s.1-22.
- ULUSOY, Ali **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ülke Kitapları, Ankara, 2004.
- UZ, Abdullah **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- UZ, Abdullah Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, S:1, Malatya, 2011, s.59-94.
- ÜNVER, Yener Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 53, Sayı 1-4, İstanbul, 1988-1990.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Sıra	Karar Günü	Esas No	Karar No	Resmi Gazete	
				Tarih	Sayı
1	28/03/1963	1963/4	1963/71	18/10/1963	11534
2	15/05/1963	1963/169	1963/113	14/08/1963	11480
3	22/05/1963	1963/205	1963/123	14/08/1963	11480
4	25/10/1963	1963/148	1963/256	25/10/1963	11652
5	04/02/1966	1965/32	1966/3	08/06/1966	12317
6	29/11/1966	1966/11	1966/44	27/12/1967	12787
7	28/12/1968	1968/10	1968/66	24/12/1969	13382
8	23-25/10/1969	1967/41	1969/57	12/03/1971	13776
9	27/11/1969	1968/44	1969/68	22/07/1970	13556
10	07/06/1973	1973/12	1973/24	09/11/1973	14707
11	04/12/1973	1973/21	1973/36	26/02/1974	14811
12	11-14 ve 25/02/1975	1973/37	1975/22	03/12/1975	15431
13	25/05/1976	1976/1	1976/28	16/08/1976	15679
14	27/01/1977	1976/43	1977/4	21/04/1977	15916
15	27/02/1979	1978/59	1979/11	10/06/1979	16662
16	09/10/1979	1979/19	1979/39	16/01/1980	16871
17	18/06/1985	1985/3	1985/8	18/10/1985	18902
18	10/12/1985	1985/5	1985/23	21/01/1986	18995
19	11/12/1986	1985/11	1986/29	11/12/1986	19435
20	06/01/1987	1986/15	1987/1	04/10/1987	19594
21	19/03/1987	1986/5	1987/7	12/11/1987	19632
22	21/01/1988	1988/11	1988/2	29/03/1989	19769
23	22/06/1988	1987/18	1988/23	26/11/1988	20001
24	28/06/1988	1987/21	1988/25	08/01/1989	20043
25	22/12/1988	1988/5	1988/55	25/07/1989	20232
26	08/09/1989	1988/37	1989/36	18/01/1990	20406
27	01/02/1990	1988/64	1990/2	21/04/1990	20499
28	04/04/1991	1990/12	1991/7	13/08/1991	20959
29	09/02/1993	1992/44	1993/7	19/06/1993	21612
30	27/04/1993	1992/37	1993/18	12/10/1995	22431
31	13/12/1995	1995/11	1995/63	09/10/1996	22782

Sıra	Karar Günü	Esas No	Karar No	Resmi Gazete	
				Tarih	Sayı
32	21/05/1998	1997/29	1998/19	15/04/2000	24021
33	25/06/2002	2002/31	2002/58	14/03/2006	26108
34	26/06/2002	2001/377	2002/59	09/11/2002	24931
35	04/06/2003	2002/8	2003/47	19/12/2003	25321
36	29/12/2005	2005/110	2005/111	26/07/2006	26240
37	22/03/2007	2005/139	2007/33	15/11/2007	26732
38	30/11/2007	2006/61	2007/91	23/02/2008	26796
39	12/12/2007	2002/35	2007/95	22/01/2008	26764
40	21/02/2008	2005/10	2008/63	07/11/2008	27047
41	12/06/2008	2004/55	2008/118	05/11/2008	27045
42	08/01/2009	2004/69	2009/6	11/06/2009	27255
43	15/01/2009	2004/70	2009/7	11/06/2009	27255
44	29/01/2009	2005/85	2009/15	03/04/2009	27189
45	29/01/2009	2005/152	2009/14	03/04/2009	27189
46	23/07/2009	2006/166	2009/113	19/03/2010	27526
47	13/01/2011	2007/2	2011/13	23/07/2011	28003
48	10/03/2011	2009/90	2011/47	14/05/2011	27934
49	20/09/2012	2011/83	2012/126	26/10/2012	28803
50	20/09/2012	2011/101	2012/127	04/12/2013	28841
51	22/11/2012	2011/86	2012/183	04/12/2013	28841
52	22/11/2012	2011/149	2012/187	04/12/2013	28841
53	29/11/2012	2011/100	2012/191	22/02/2013	28567
54	06/06/2013	2013/47	2013/72	12/07/2013	28705
55	03/10/2013	2012/103	2013/105	17/12/2014	29208
56	04/05/2014	2013/88	2014/101	22/07/2014	29068
57	11/09/2014	2014/82	2014/143	10/01/2015	29232
58	17/12/2014	2014/186	2014/188	10/01/2015	29232

ÖZET

İdare adına kararlar alan ve bu kararları yine idare adına uygulayan gerçek kişilerdir. İdare adına işlem ve eylemleri gerçekleştiren gerçek kişiler kamu hizmetinin insan unsurunu oluşturmaktadır. Kamu hizmetine girmiş gerçek kişilerin hukuki durumları ve kamu hizmetine giriş biçimleri farklılık gösterebilmektedir. Farklı hukuki durumlardaki kişileri işaret etmek üzere farklı kavramlar kullanılmaktadır. Kamu görevlisi kavramı da bu kavramlardan biridir.

Kavram farklı kapsamlarda kullanılabilir. Bu durum ise zaman zaman tartışmalara neden olmaktadır. Kamu görevlisi kavramı idare hukuku açısından genel olarak bir kamu tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağı ile istihdam edilen personele işaret etmektedir. Anayasa’da kamu görevlisi kavramına yer verilmesi ise kavramı yeniden gündeme getirmiştir.

Anayasa’nın 128’inci maddesi kamu görevlileri eliyle yürütülecek asgari bir kamu hizmeti alanı olduğunu belirtmektedir. Madde bu görevleri üstlenecek kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesini öngörmektedir. Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin 128’inci madde ve kamu görevlisi kavramına ilişkin kararları incelenmiştir. Kararlara dayanak teşkil eden ölçütlerden yola çıkılarak farklı statülerde istihdam edilenlerin Anayasa’nın 128’inci maddesi karşısındaki hukuki durumları ele alınmıştır.

ABSTRACT

Natural persons take decisions on behalf of the Administration and implement them. Individuals who perform actions on behalf of the Administration are human elements of the public service. Their legal status and form of employment may vary. Different concepts are used to define people of different legal status.

The concept of public servant is one of those concepts. It can be used in different contexts. This situation leads to the discussion from time to time. In the terms of administrative law, the concept of public servant refers to personnel who is employed by a public legal entity in public law. Giving place to the public servant in constitution brought the concept back on the agenda.

Article 128 of the Turkish Constitution states that a minimum public service field will be conducted by public servants. It is written in the article that public servants who perform public services have to be regulated by law. In this study Turkish Constitutional Court's decisions on Article 128 and the concept of public servant were examined. The legal status of those employed in different situations are dealt with in the face of the criteria that form the basis for decision. The legal status of those employed in different situations are dealt with in the face of the criteria that form the basis for decision.