

1982 ANAYASASI VE KAMU GÖREVLİLERİ KAVRAMI

Arş. Gör. Hayrettin EREN*

GİRİŞ

Günümüzde kamu görevlileri deyimini kamu idaresinin insan unsurunu oluşturmaktadır. Kamu görevlileri kavramının biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamı vardır. Geniş anlamı ile "kamu çalışanı" ya da "kamu hizmeti görevlisi" (1), Cumhurbaşkanından belediye başkanlarına, bağımsız çalışan avukattan ve noterden kamu işyerlerinde çalışan işçilere, memurlardan öğretim üyelerine, silahlı kuvvetler personelinden polislere, hakim ve savcılardan Cumhurbaşkanlığı ve TBMM genel sekreterlikleri personeline kadar çok geniş bir yelpaze oluşturur. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde görev yapan ve hukuki durumları birbirinden farklı olan Cumhurbaşkanı'ndan başlayarak fabrikalarda kol gücü ile çalışan işçilere kadar tüm kamu çalışanlarını içine alır (2).

Dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu kuruluşlarında belli bir kadroya bağlı olarak çalışan ve özel hukuk hükümlerine bağlı olarak çalışanlar dışında kalan görevlileri içine alır. Kamu kuruluşlarında çalışan işçiler, dar anlamda kamu görevlisi tanımının dışında kalmaktadır. "Dar anlamda kamu görevlileri" ni içine Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürüten kişiler girer ki bunlar "devlet memurları" ile "diğer kamu görevlileri" dir (3).

1982 Anayasası kamu görevlileri için genel bir düzenleme

* Erzincan Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Arş.Gör.

- (1) ONAR, kamu görevlileri kavramı yerine kamu hizmeti personeli kavramını kullanarak, sınıflamaya vatandaşın başlamaktadır. Onar'a göre: "Devletin ve bir kısım amme idarelerinin organlarını teşkil etmek dolayısıyla vatandaşlar bu teşkilat ve hizmetin şahsi unsuru olarak bahis mevzuu olabilirler.". ONAR, Sıddık, Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1966, s.1068.
- (2) GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Ankara, 1992, s.128.
- (3) ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996, s.209; AKGÜNER, Tayfun, Kamu Personel Yönetimi, İstanbul, 1988, s. 17; GÜNDAY, s.131.

yapmış, devletin çeşitli gelişmeler ve çağın değişimi karşısında gittikçe artan fonksiyonlarını da dikkate alarak, tüm kamu hizmeti görevlilerini "memur" kavramı altında toplamamış, onların kendi içindeki ayırımını kanun koyucunun iradesine bırakmıştır.

I. ANAYASANIN GETİRDİĞİ DÜZENLEME ve KAVRAM SORUNU

1982 Anayasası kamu görevlileri kavramını net bir şekilde ortaya koyamamış, terminolojide karışıklığa yol açabilecek bir biçimde, farklı ifadeler kullanmıştır. Örneğin, 13. maddede, dernek kurma hürriyetini düzenleyen 33. maddenin 7. fıkrasında ve 121. maddede ifade edilen "kamu hizmeti görevlileri", 71. maddede "kamu hizmetine girenler", 76. maddede "memur statüsündeki görevliler ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri", 39. maddede "kamu görev ve hizmetinde bulunanlar", 128 ve 129. maddede "memurlar ve diğer kamu görevlileri", kanunsuz emre ilişkin 137. maddede "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, 68. maddenin son fıkrasında, "yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri" ve 40. maddede "resmi görevliler" ifadeleri. Anayasadaki bu farklı ifadelerin hangi grupları kapsama aldığı açık olarak bilinmemektedir (4). 39. madde, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanığa isnadın doğruluğunu ispat imkanı tanımaktadır. Maddede yer alan kamu görev ve hizmetinde bulunanlar ibaresi geniş anlamlıdır. 40. maddede, bireylerin, resmi görevlilerin haksız işlemleri sonucu uğradıkları zararların Devletçe tazmin edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddede geçen resmi görevliler, kamu kesiminde görevli herkesi kapsamaktadır. TBMM. üyeliğiyle bağdaşmayan işleri gösteren 82. maddede kamu görevlisi kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. 121. maddede, kamu hizmeti görevlilerine olağanüstü hallerde ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağından söz edilmektedir. Bu maddede kamu kesimindeki tüm görevlilerin kastedildiğini söyleyebiliriz. 137. madde, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kişiler diyerek, tüm görevlileri kapsayacak bir ifade kullanmıştır. Anayasa, toplu iş

(4) GÜRAN, Sait, "Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı", Anayasa Yargısı, Ankara 1989, s. 39, 43.

sözleşmesi hakkını düzenleyen 53. maddedeki kamu görevlileri kavramını; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme zorunluluğu bulunmadığını hükme bağladığı 135. maddedeki çalışanlar kelimesini 128. madde kapsamında düzenlemiştir (5). Anayasada ifade edilen terimler içerisinde en geniş kapsamlı olanı, 128 ve 129. maddelerin başlığında da yer alan "kamu hizmeti görevlileri" kavramıdır. Bu kavram aynı zamanda işçileri de kapsayan "kamu çalışanları" terimine eşdeğer bir görüntü vermektedir (6).

Anayasada kullanılan kavram ve deyimlerin sistematik olmaması ve anlamlarının Anayasa koyucu tarafından açıklanmaması oldukça karmaşık ve çetin sorunlar ortaya çıkarmaktadır (7). Anayasada, kamu hizmetlerini yerine getirmekte olan görevlileri isimlendirmek açısından, yukarıda da ifade edildiği gibi bir terim birliği yoktur. Anayasada, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, belirsizlik ve kapalılıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, gerektiğinde fevkalade somut olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşır karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılması terminoloji sorunu doğurmuştur (8). 1982 Anayasası "personel rejimi açısından", soruna çözüm getirememiş, kamu görevlileri arasında karışıklığa ve belirsizliğe yol açmıştır (9).

-
- (5) YILDIRIM, Turan, Kamu Personeli, Kürsü Üstü Ders Notları, İstanbul, 1997, s. 2, 3.
 - (6) SERİM, Bülent, Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesinde Hukuksal Boyut, Ankara, 1995, s.8.
 - (7) DURAN, Lütfi, "Anayasa'nın 128 ve 129.Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu ile İlgili Yorumu", Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s.201.
 - (8) GÜRAN, Sait, "Anayasanın 128. ve 129. maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri, Bakanların Durumu", Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 195.
 - (9) Kamu kesiminde, uzun yıllardan beri kararlı, tutarlı, özendirici, güvenli ortamdan uzaklaşılması, ayrıca, tarafsızlık, siyasi-gayri siyasi bağımsızlık, "işe göre adam" anlayışı yerine "adama veya adamına göre iş" anlayışının toplumu sarması,özetle; liyakatin yerini kayırmanın alması personel rejimindeki genel karmaşanın sebeplerindedir. Başka bir önemli sebepte, Kamu personeli, kamu kesimi işçileri de dahil, son yıllarda, sanki ekonomi ve yönetimin gereği imişcesine, sözleşmelileştirme sürecinden ve süzgeçinden geçirilmesidir. Bunun yanı sıra özellikle Doktrin ve İçtihadın, oybirliği ile "hukuken olmaz" dediği hususlarda, Hükümetin, kanun hükmünde kararname metodundan yararlanarak, bir takım düzenlemelere gitmesi var olan karmaşayı daha da artırmaktadır. Bkz. GÜRAN, Personel, s. 39.

Anayasanın, kamu personel rejimiyle ilgili getirdiği düzenlemelerin, uygulamanın zorunlu bir neticesi olduğunu söylenebilir. Gerçekten de 1961 Anayasası tek bir personel türü öngörmüştü, oysa uygulamadan gelen sosyal ve ekonomik zorunluluklar nedeniyle bu modelden sapılmış, farklı hukuki statüler ortaya çıkmıştır. Bu durumda iki tercih yapılması gerekli idi; ya uygulama kendisini mevzuattaki modele göre ayarlamalı ya da Anayasal model uygulamadan gelen etkiyle değişmeliydi; Anayasal model değişti ve bu günkü karmaşık yapı ortaya çıktı (10).

1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasalarına göre tüm kamu görevlileri ile ilgili olarak çok daha geniş düzenlemeler getirmiştir. 1982 Anayasası'nın 128. maddesinin başlığı "kamu hizmeti görevlileri"dir. Bundan, Anayasa Koyucunun 128. maddeyi, işçiler dışında tüm kamu çalışanlarını kapsayan bir şemsiye madde olarak düzenlediği sonucunu çıkarabiliriz. 128. maddede şu ifadeler yer almaktadır:

"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 yürütülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, ödevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

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

Bu düzenlemede, 1961 Anayasasının 117 nci maddesinden farklı olarak dikkatimizi çeken ilk nokta; "kamu iktisadi teşebbüsleri"nin, "devlet" ve "diğer kamu tüzel kişileri" yanısıra üçüncü bir kuruluş türü olarak maddeye eklenmiş olmasıdır. Bu ilave Milli Güvenlik Konseyi'nce, genel idare esaslarına göre yerine getirilmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin yalnızca devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde değil, KİT'lerde de bulunduğu gerekçesiyle yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu ilaveyi, kamu iktisadi teşebbüslerinin personel rejimini hukuki güvence altına almak şeklinde yorumlamaktadır (11). İkinci nokta ise; 1961

(10) AKILLIOĞLU, Tekin, "Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri", AİD.,C.20, S.3, Eylül 1987, s.21-22.

(11) "...Anayasa'nın 128.maddesinin karşılığı olan 1961 Anayasası'nın

Anayasasının, yönetim hukukuna bağlı tek personel türü olarak memurları öngörmesine karşın (12), 1982 Anayasası, özellikleri belirtilen görevleri yerine getirecek tek personel türü olan "memurlar"a, "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilen bir başka personel türünün eklenmiş olmasıdır.

II. MEMURLAR ve DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ

1982 Anayasasında memurun tanımına ilişkin bir kural bulunmama ile beraber (13) 128. maddede Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmek suretiyle memurların yerine getirecekleri görevlerin genel bir tarifi yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu madde mevcut içeriğiyle Türk Personel Hukukunun temel taşı konumundaki anahtar hükmüdür (14).

128. maddenin anlaşılabilmesi için kamu hizmeti kavramı ve

117.maddesinde "kamu iktisadi teşebbüsleri" ve "diğer kamu görevlileri" ibaresinden söz edilmemekteydi. KİT'lerin aslında bu nitelikleriyle...diğer kamu tüzel kişileri kapsamında oldukları, bu nedenle madde metninde ayrıca sayılmalarının gereksiz bulunduğu yolundaki eleştirilerin ilginçliği ve haklılık payı küçümsenemez. Ancak; Anayasa Koyucunun "haşiv"e yer verdiği düşünülmemeyeceğine 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. 233 sayılı KHK'nin 1.maddesinde açıklanan amaçlar dışına çıkacak, özellikle bu maddenin 2.bendinin (c) fıkrasında ifadesini bulan "...kendilerine verilen görev ve kamu hizmetlerini ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak verimlilik ilkesi doğrultusunda yürütmeleri..." ilkesi ile bağdaştırılamayacak, kaynak israfına yol açacak, keyfi, partizanca ve kayırcı personel istihdamına kapı aralayacak yönetsel taktır ve işlemleri önlemek için anayasal düzeyde ve bağlayıcı bir güvence mekanizması oluşturulmuştur..." AYM,22.8.1988, E.88/5, AMKD., S.24, 1989, s.496.

(12) AKILLIOĞLU, Ölçüler, s.21.

(13) Her ne kadar 1982 Anayasasının 128.maddesinin gerekçesinde, memurun tanımının yapılmasından kaçınılmış olduğu yazılmışsa da, aslında metnin kendisinin yapılmadı denilene yaptığı ve memur tanımını vermiş olduğu söylenebilir. Çünkü aynı ifadeler, Ön Tasarı'nın 148. ve 1961 Anayasasının 117. maddesinde memurun tanımını olarak kullanılmış bulunmaktadı. GÜRAN, Personel, s.53.

(14) GÜRAN, Personel, s.40.

kamusal yönetim usulü-özel yönetim usulü sorununa değinilmesi gerekir.

A. Kamu Hizmeti Kavramı

Kamu hizmeti, kamu hukukunun (15), idare hukukunun temel kavramlarından birisidir (16). Bilindiği gibi, idare hukukunun alanını belirtmekte kullanılan ölçütlerden biri de kamu hizmeti ölçütüdür. Diğer yandan, idare hukuku esaslarının temel başlıklarından birisi de kamu hizmetidir (17). Her ne kadar kamu hizmeti kavramının belirsizliğinden ve tanımının güç olduğundan söz edilmekte (18); idare hukukunun "her konusunu ve sorununu açıklamaktan ve çözümlenmekten uzak" (19) bulunduğu belirtilmekteyse de, idare hukukunun temel konularından birini kamu hizmeti oluşturmaktadır. Ayrıca, kamu hizmeti kavramının tanım güçlüğü iddiası, idare hukuku eserlerinde var olan ve hemen hemen aynı unsurları içeren tanımlamalar karşısında inandırıcılığını yitirmektedir (20).

Onar, kamu hizmetini şöyle tanımlamıştır: "Devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere amme (kamu) hizmeti denilmektedir. " (21).

Balta'ya göre kamu hizmeti: "Bir kamu kurumunun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında olarak özel girişim (teşebbüs) eliyle kamuya sağlanan hizmettir. " (22).

(15) ULER, Yıldırım, "Anayasa Hukukunda ve İdare Hukukunda Kamu Hizmeti", Anayasa Yargısı 15, Ankara, 1998, s.252.

(16) Kamu hizmeti kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz; GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İHİD., Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı, Ş.1-3, Y.9, 1988, s.147-159.

(17) ONAR, C.II; DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982; ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 1996; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul, 1992; GÖZÜBÜYÜK, A.şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1995.

(18) ONAR, C.I, s.14; BALTA, Tahsin, Bekir, İdare Hukukuna Giriş, Ankara, 1970, s.16.

(19) DURAN, İdare, s.311.

(20) YILDIRIM, Notlar, s.18.

(21) ONAR, C.I, s.13.

(22) BALTA, s.16.

Duran, kamu hizmetini, "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, toplumun, halkın, umumun ya da toplulukların genel ortak ihtiyaçlarını gereği gibi karşılamak amacıyla ele alıp doğrudan doğruya ifa ettiği ya da buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı türlü faaliyetler" olarak tanımlamaktadır (23).

Yayla'ya göre ise, kamu hizmeti, "Belli bir zamanda ve belli bir yerde kendini hissettiren toplumsal bir ihtiyacın karşılanması amacıyla yürütülen faaliyettir" (24).

Gülan'a göre ise, kamu hizmeti, "Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir" (25).

Görüldüğü gibi, öğretilerde kamu hizmeti, kamu yararını sağlamak amacıyla, genel bir toplumsal ihtiyacın karşılanması için, idare tarafından ya da idarenin denetimi altında, özel kişilerce yürütülen faaliyetleri deyimlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kamu hizmeti tanımı da aynı doğrultudadır (26).

(23) DÜRAN, İdare, s.307.

(24) YAYLA, s.64.

(25) GÜLAN, s.148.

(26) Anayasa Mahkemesi'ne göre, "En geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturmuştur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke çapında, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez...

Öğretilerde, kamu hizmetini belirlemenin tek geçerli ölçütünün, onu kuranların istenci (iradesi) olduğu ileri sürülmektedir. Daha açık anlatımıyla bir hizmetin kamu hizmeti niteliğine bürünmesinde yasakoyucunun istenci rol oynamaktadır. Kuşkusuz, Anayasa kurallarına uygun olmak koşulu ile, kamusal gereksinimlerin gerekli kıldığı durumlarda yasama organı herhangi bir alanı yasal statü içine alarak kamu hizmeti kurabilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini yerine getirmesindeki değerlendirmeleri saklıdır. Çünkü etkinliği irdeleyip nitelendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığını saptamanın olanağı yoktur.

Kamu hizmeti, doktrinde, çeşitli bakış açılarına göre türlere ayrılmaktadır. Örneğin, tekel şeklinde görülen-özel kişilere de açık olan kamu hizmetleri; idari, iktisadi, sosyal, bilimsel, kültürel kamu hizmetleri gibi. Kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesi veya kamu hizmetlerinin görülmesinde özel kişilerden yararlanma çerçevesinde son yıllarda ülkemizde görülen bazı uygulamalar Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş. Yüksek Mahkeme, İmar Kanunu'nun bazı maddelerini iptal eden kararında, ruhsat ve yapı kullanma izni verme işinin, ancak memur ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilebilecek bir kolluk faaliyeti, hizmeti olduğundan hareketle bu hizmetin özel kişilere devredilemeyeceğine hükmetmiştir (27). Maden Kanunu'nun bazı hükümlerini iptal eden kararında (28) ve Yeminli Mali Müşavirler ile ilgili kararında (29) ise, kamu hizmeti-kolluk ayrımı yapmayarak, yalnızca kamu hizmeti kavramı kullanarak, yeminli teknik büroların ve yeminli mali müşavirlerin tasdik işleminin bir kamu hizmeti sayılacağına ve özel kişilerce görülebileceğine karar vermiştir. Kolluk faaliyeti geniş anlamda kamu hizmeti içinde ele alınırsa da, aralarındaki bazı farklılıkları gözardı etmek mümkün değildir. Kolluk faaliyetleri doğrudan doğruya idare tarafından yerine getirilir ve idare kolluk yetkisini kullanmaktan vazgeçemez (30). Kolluk yetkisi, sözleşme hukuki aracı ile kamu hizmeti veya kamu maliyesi yararına bile olsa, gelir sağlamak amacıyla kullanılamaz. Kolluk faaliyetleri, genel anlamda kamu düzenini sağlamak ve korumak amacıyla, temel hak ve özgürlüklere yönelik olduğundan, kamu hizmetlerinin kolaylaştırılmasını veya iyileştirilmesini veya devlete mali çıkarlar sağlamasını gaye edinemez (31). Kamu hizmetleri, özel yönetim

Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğine etkili görülemez. Nitekim Anayasa'nın 47.maddesinde, "kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler... devletleştirilebilir" denilirken, özel teşebbüslerce yürütülen kamu hizmetinin varlığı kabul edilmiştir..." AYM., 9.12.1994, E.94/43, K.94/42-2, RG.24.1.1995, S.22181, s.11-24.

(27) AYM., 11.12.1986, E.85/11, K.86/29, RG.18.4.1987, S.19435, s..20-41.

(28) AYM., 24.12.1986, E.85/20, K.86/30, RG.15.3.1987, S.19401, s.38-52.

(29) AYM., 19.3.1987, E.86/5, K.87/7, RG.12.11.1987, S.19632, s.38-56.

(30) TAN, Turgut, "Kamu Hizmeti, Özelleştirme ve Bürokrasinin Azaltılması Üzerine", Türk İdare Dergisi, Y.60, S.378, Mart 1988, s.85.

(31) DURAN, Lütfi, "Peştemallık ve Ulüfe ya da Kolluk Yetkisinin Paraya

usulü ile de görülebilmeye karşın, kolluk etkinlikleri salt kamusal yönetim usulüyle gerçekleştirilebilir. Kolluk tedbir ve kararları, devletin tek yanlı işlemleri ile alınır ve ilgililerin rıza ve muvafakati aranmaksızın, bazen dirençlerine karşın uygulanır ve yerine getirilir. Kolluk yetkisi bu niteliğinden ötürü sözleşme konusu yapılamaz ve ilgililerle pazarlık, anlaşma ve uzlaşma yolu ile kullanılamaz (32).

Konumuzu ilgilendiren ve Anayasanın 128. maddesinde de yer alan bir diğer ayırım ise, özel yönetim usulüyle görülen kamu hizmetleri ve kamusal yönetim usulüyle görülen kamu hizmetleridir. Anayasa, kamusal yönetim usulü yerine genel idare esasları kavramını kullanmıştır. Kamu hizmeti kavramının, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yapılan bir kapsamı olduğu ve kapsamının da gittikçe genişlediği bir gerçektir (33). Bu durumda kamu hizmeti kavramının dışında ayrıca genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin neler olduğunun açıklanması gerekmektedir.

B. Genel İdare Esasları

Genel idare esasları, bir kısım kamu hizmetlerinin hukuki rejimlerini belirleyen bir kavramdır. Fakat, kamu hizmetleri arasında, bu kavram dikkate alınarak, ne öğretide ne de yargı kararlarında bir ayırım yapılmadığı gibi, "genel idare esasları"nın ne anlaşılması gerektiği net bir şekilde ortaya konmamıştır. "Genel idare esasları" kavramından ne anlaşılması gerekir? Öncelikle genel idare esaslarının, "Genel İdare" kavramından farklı olduğunu belirtmek gerekir. Genel İdare, organik bir kavram olup, devlet adına yürütülen ve bakanlık çatısı altında toplanmış örgüt ve birimleri ifade eder, "merkezi idare" ya da "devlet idaresi"ne eş anlamda kullanılır (34). Fakat genel idare esasları, formel bir kavram olup, kamu hizmetlerinin "kamusal yönetim" biçimini ifade eder.

Genel idare esasları, kamu gücü kavramından öte anlam içermektedir. Kamu gücü, devletin emretme, tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneğidir (35). Genel idare esasları ise, idarenin, tapudan

Çevrilmesi", AİD., C.20, S.1, Mart 1987, s.3.

(32) DURAN, Kolluk, s.12.

(33) YILDIRIM, Notlar, s.19.

(34) DURAN, İdare, s.77.

(35) DURAN, İdare, s.23.

kolluk faaliyetlerine kadar klasik kamu hizmetlerinde kullandığı yöntemdir ve kamu gücünün kullanılması da bu yöntemlerden biridir (36). Genel idare esasları dediğimiz bu hukuki rejimin kapsamına, idarenin mallarının kamu malı sayılması, amaçları, personelin bağlı olduğu farklı hukuki statü, kamu hizmetlerinin işleyişine egemen olan süreklilik, eşitlik ve uyarlanma ilkeleri, bütçe kuralları, denetimleri, finansmanları, kamulaştırma, ceza kesme, kamu alacaklarının tahsili yöntemine başvurma, idari işlem ve sözleşmeler yapma, genel muhasebe, arttırma, eksiltme ve ihale yöntemine başvurma gibi çeşitli kamusal yetkiler girmektedir (37).

İdarenin faaliyetinin hukuki rejimine bakılarak, özel teşebbüs ve faaliyetlerin tabi olduğu hukuki rejimden farklı, idarenin ayrıcalıklarına ve üstün yetkilerine dayalı usullerle yapılan hizmetin genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir (38). Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Eximbank'ı özel idare esaslarına göre yürütülen bir hizmetin örgütü olarak değerlendirirken, şu gerekçeye dayanmıştır: "Bilindiği gibi, kamu bankaları, toplu bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi yoğun rekabet ortamı içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. . . Bu nedenle, banka personelinin hizmetini genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden saymaya imkan yoktur. " (39)

Hizmetin niteliğine bakılarak, önem ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri içindeki hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler olduğu kabul edilebilir (40). Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerini bu tarz hizmetlere örnek olarak göstermektedir (41). Kolluk hizmetlerinin dahi özel kişilerce görülmesine olanak tanındığı günümüzde, eğitim ve sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesine uğraşılan bir ortamda, Devletin başlıca görevlerinin neler olduğunu söylemek daha da güçleşmektedir (42).

(36) BAKIRCI, Kadriye, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul, 1992, s.38.

(37) BAKIRCI, s.39.

(38) UM., 29.9.1997, E.1997/43, K.1997/42, RG., 30.10.1997, S.23155, s.25.

(39) AYM., 21.1.1988, E.87/11, K.88/2, RG.29.3.1988, S.19769, s.44-53.

(40) CÖZÜBÜYÜK A. şeref, Türkiyenin İdari Yapısı, Ankara, 1969, s.69.

(41) AYM.,19.4.1988, E.88/16, K.88/8, R.G.23.8.1988, S.19908, s.34-57.

(42) YIDIRIM, Notlar, s.20.

Bu ölçüt tek başına yeterli olamadığı için, Anayasa Mahkemesi, hizmetin niteliği ölçütünü şu şekilde kullanmaktadır: "Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Kadro tahsisi genel idare hizmetlerinin karakteristiğidir. Genel idare hizmetlerinin yapısal ve işlevsel özellikleri onu öbür hizmetlerden ayırır. " (43). Oysa hangi hizmetlerin Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer herhangi bir kamu tüzel kişinin başlıca görevleri arasında yer aldığını saptamak pek kolay değildir. Anayasa'da Devlete görevler yükleyen pek çok maddenin bulunması karşısında (44) hangi görevlerin "başlıca", hangilerinin ikincil veya üçüncül olduğunu söylemek ve böyle bir ayrımı, başka bir kavramın ölçütü olacak kesinlikte yapabilmek çok zordur (45).

Anayasa Mahkemesi'nin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetleri açıklayan ayrıntılı bir görüşü ise şu şekildedir: "... Genel idare esasları deyimi kamu görevinin Anayasal dayanağıdır.

Devletin Anayasa'nın 5. maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülükleri yerine getirirken bu esasların gözönünde bulundurulması, yasal düzenlemelerin de buna uygun olması gerekir. . .

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

(43) AYM.,19.4.1988, E.88/16, K.88/8, R.G.23.8.1988, S.19908.

(44) Sosyal ve ekonomik haklar listesi; Anayasa'nın 5.maddesi; güçlü yerel yönetim anlayışını vurgulayan 127.madde; madenler başta olmak üzere doğal kaynak ve servetlerin aranması ve işletilmesi hakkını Devlete ait kabul eden 168.madde; Devlete kendi ormanlarını işletme görevi yükleyen 169.madde; kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve kamu yararını da zorunlu kıldığı için, özel teşebbüslerin devletleştirilerek, bir kamu tüzel kişisi şeklinde İdare Cihazına ithalini öngören 47.madde.

(45) GÜRAN, Personel, s.49.

kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir. . . " (46).

Doktrinde, ekonomik kamu hizmetlerinin, kuruluş ve işleyiş usulleriyle özel tüzel kişiler şeklinde ortaya çıktığı gözönünde bulundurulur, ayrı bir iktisadi ve ticari, sınai kamu hizmetleri kategorisi ortaya konmuştur (47). Genellikle kamu iktisadi teşebbüsleri olarak örgütlenen bu hizmetler, özel hukuk kurallarına tabi olarak yürütüldükleri için genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden sayılmazlar. Ancak, her ne kadar özel hukuk kurallarına tabi oldukları belirtilse de, idarece yürütülen ekonomik hizmetlerde, özel hukuk ilişkisini aşan unsurların bulunduğunu, kuruluşlarının özel hukuk tüzelkişileriyle aynı kurallara tabi olmadığını biliyoruz (48). Bir başka ifadeyle, kamu iktisadi teşebbüslerinin faaliyetleri "salt özel idare esasları" uyarınca değil, kamusal-özel karışımı bir yöntemle yürütülmektedir (49). Bu sebeple özel hukuk esasları-genel idare esaslarına göre yürütülen hizmet ayrımını yapmak sanıldığı kadar kolay olmamaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, önceki kararından farklı olarak Ziraat Bankası, Emlak Bankası gibi kamu bankalarını; "Ziraat Bankası, kamu hizmeti niteliği ağır basan kamu iktisadi teşebbüslerinden biridir. Doğrudan kanun ile veya kanunun verdiği açık yetkiye dayanılarak yürütme organı tasarrufu ile bu kuruluşu Devlete ilişkin kamu hizmetlerinin yürütülmesi görevi verilebilir." (50) diyerek devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kurumlar arasında saymıştır.

Ayrıca, ekonomik boyutlu bir hizmetin toplum için önemi, bu

(46) Kararda, merkezi idare ile statüer ilişkiden söz edilmektedir. Merkezi idare kavramı yanlışlıkla konulmuş olsa gerektir. Aksi takdirde, merkezi idare dışındaki görevlilerin memur ya da diğer kamu görevlisi olarak kabulü (Anayasa Mahkemesi'ne göre) mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, karardaki ifadeyi "idare ile statüer ilişki" olarak anlamak icab eder. AYM., 9.2.1993, E.92/44, K.93/7, AMKD., S.29, C.1, 1994, s.275.

(47) ONAR, s.33.

(48) Örneğin KİT, özel idare esaslarına göre faaliyet göstermelerine izin vermeyecek bazı kanunlardan ayırık tutulmuşlar, Genel Muhasebe Kanunu ve Devlet İhale Kanunu kapsamı dışında tutulmuşlar, genel ve katma bütçeler dışında özerk bütçeye sahiptirler, Sayıştay denetimi yerine, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'na denetlenirler. Diğer yandan ise KİT, kamulaştırma, ceza kesme, kamu alacaklarının tahsili yöntemine başvurma, idari işlem ve sözleşme yapma gibi kamusal yetkiler kullanırlar. DURAN, İdare, s.319.

(49) BAKIRCI, s.39.

(50) AYM., 8.9.1989, E.1988/37, K.1989/36, RG., 18.1.1990, S.20406, s.55.

hizmeti tamamen özel usullere tabi kılınmasını engelleyebilmektedir. Örneğin, Türkiye Elektrik Kurumu'nun özelleştirilmesiyle ilgili davada Anayasa Mahkemesi, TEK'nun gördüğü hizmeti "elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımı gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan. . ." bir faaliyet olarak nitelendirmiştir (51).

Uygulamada, yasalar ve düzenleyici işlemlerle bazı hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütüldüğünün belirtildiğini de görmekteyiz. Örneğin, DMK'nun 4. maddesini değiştiren, 1897 sayılı Kanun, hangi kurumların asli ve sürekli nitelikte kamu hizmeti gördüğünün belirlenmesini Bakanlar Kuruluna bırakmış, Bakanlar Kurulu, 15. 5. 1975 tarihli, 1897 sayılı kararla, "Kurumlardan hangilerinin Devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduklarını. . . hangilerinin bu nitelikte bulunmadıklarını. . ." tesbit etmiştir (52). Kamu iktisadi teşebbüsleri personel rejimini düzenleyen 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/b. maddesinde de asli ve sürekli görevler belirlenmektedir. Buna göre, "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 ünvanı itibariyle kuruluşunun karlılık ve verimliliğini doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma 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 ünvanları gösterilen diğer personel eliyle gördürülür. "

Toparlamak gerekirse, Devletin gördüğü bir hizmetin genel idare esaslarına göre görüldüğünü söyleyebilmek için hizmetin, özel hukuk kurallarını aşan usullerle görülüp görülmediğine, niteliği itibariyle, Devletin başlıca görevleri arasında sayılıp sayılmayacağına ve mevzuattaki nitelenmesine bakmak gerekmektedir. Ayrıca idare ile personel arasındaki statüer ilişki de bir hizmetin genel idare esaslarına göre yürütüldüğüne işaret

(51) AYM., 9.12.1994, E.94/43, 94/42-2, RG.24.1.1995, S.22181.

(52) KANTARCIOĞLU, S., Devlet Personel Rejimi, Ankara, 1977, s.247.

etmektedir (53).

C. Diğer Kamu Görevlileri

Personel hukukumuzun "genel kural"ı diyebileceğimiz 128. madde de "memurlar"ın yanında "diğer kamu görevlileri"ne de yer verilmiştir. 128. maddede ki düzenleme, öteden beri içinden çıkılamayan "memur nedir?" sorusunun yanı sıra "öteki kamu görevlileri nedir?" sorusunu da ortaya çıkarmıştır (54).

1961 Anayasası'nın memur dışında başka bir kamu görevlisi (genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler için) statüsünden söz etmemesi, hakimlerin, silahlı kuvvetler mensuplarının, öğretim üyelerinin memur sayılıp sayılmayacağı sorununu ortaya çıkarmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında hakimleri memur saymamıştır (55). Öğretim üyeleri Anayasa Mahkemesi'nce memur olarak nitelendirilmemekle beraber, memurlar için getirilen Anayasal kuralların ilke olarak öğretim üyeleri açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir (56). Bir diğer kararda 657 sayılı DMK'nun hemen hemen tamamına yakın bir kısmının üniversite öğretim üyeleri ile yardımcıları hakkında uygulanmasına imkan tanıyan yasal

(53) YILDIRIM, Notlar, s.21.

(54) AKILLIOĞLU, Tekin, Karar İncelemesi, AİD., C.21, S.3, Eylül 1988, s.171.

(55) "...şu duruma göre önce "memur" ve "memuriyet" kavramlarının, hakimleri kapsayıp kapsamadığı yönünden incelenmesi zorunludur.

Genel, salt ve yuvarlak bir tanımlama ile "memur" kavramını "kamu hizmeti görevlileri" gibi bir deyimle karşılamak ilk bakışta mümkün ve akla yakın görülebilir. "Hakim" deyiminin böyle bir kavramın içinde yeri olabileceğinde de kuşku yoktur. Bu genişlikte bir yorum, tabiatıyla subayları da memur kapsamı içinde görmek zorundadır. Şu durum ise 1046 sayılı Yasadan subayların da yararlanması ve böylece sözgelimi binbaşı rütbesinde iken ordudan çekilip yasama meclislerine üye olmuş bir kimsenin bir süre sonra yeniden seçilememek dolayısıyla ve general olarak Silahlı Kuvvetlere dönmesi gibi askerlik gerekleriyle bağdaşamayacak ve Yasa Koyucunun güttüğü erekten düpedüz uzaklaşan bir uygulamaya yol açar...

Kimi yasalarda "memur" deyimine "hakim"lerin girdiğinin veya girmediğinin açıklanmasının gerekli görülmesi de memur kavramının hakimleri kapsamaktaki yetersizliğini ve yanlış uygulamalardan kaçınma kaygısını gösterir. Ancak, kimi konularda yasaların hakimlerle memurları aynı kurallara bağlı tutmasının memur kavramını değiştiremeyeceği ve hakimlerin memur sayılmalarına yol açmayacağı da ortadadır..." AYM., 27.11.1969, E. 68/44, K. 69/68, RG.22.7.1970, S.13556, s.5.

(56) AYM., 25.5.1976, E.76/1, K.76/28, RG.16.8.1976, S.15679, s.4-8.

düzenleme, üniversite özerkliğine aykırı bulunmuştur (57).

1982 Anayasası'nın "diğer kamu görevlileri" deyimini, kamu iktisadi teşebbüslerindeki işçi-memur ayırımı, hakimler, silahlı kuvvetler mensupları, öğretim üyelerinin memur sayılıp sayılmayacakları gibi sorunları çözmek için getirdiği söylenebilir. Ama sık sık vurgulandığı üzere, uygulama çok daha karmaşık sorunlar doğurmuştur. Özellikle sözleşmeli personel uygulaması, kamu iktisadi teşebbüslerinde güvencesiz, özelleştirmeyi kolaylaştırıcı personel sınıfı yaratmakta kullanılmış, diğer kamu görevlisi olarak bir çok idari birimde, Başbakanlık da dahil olmak üzere, sözleşmeli adı altında personel istihdam edilmiştir (58).

Anayasanın 128. maddesinde memur ya da "diğer kamu görevlisi" sayılmanın unsurları olarak belirtilen "asli ve sürekli" olma niteliği, çalışanın kişiliğine ve durumuna değil, yaptığı göreve bağlı koşullardır (59). O halde, hangi görevin asli ve sürekli olduğunun ve bunun sonucunda kimin memur, kimin diğer kamu görevlisi sayılacağıının belirlenmesinde dikkatin kişi yerine önce görevde toplanması gerekir. Başka bir anlatımla, asli-sürekli olmak personelin değil, görevin niteliğidir (60). Bu nedenle bir kamu hizmetinde personelin geçici olarak çalıştırılması yapılan görevin süreklilik niteliğini değiştirip kaldırmaz (61).

128. madde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin hepsinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları hizmetlerin bulunduğunu ve sadece genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerin kamu hizmeti olacağını varsaymıştır. Oysa kamu hizmetleri nitelik yönünden farklılık taşır. Dolayısıyla maddede yer alan "genel idare esasları", sadece Devletin merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden genel idare anlamında olmayıp, kamusal yönetim biçimini deyimlemekte ve dolayısıyla tüm kamu kesimini kapsayan bir idare yöntemini anlatmaktadır (62). Tüm asli ve sürekli kamu hizmetlerinin, genel yönetim ilkelerine göre yürütülen görevleri oluşturduğu söylenebilir.

(57) AYM., 4.2.1966, E.65/32, K.66/3, RG.8.6.1966, S.12317, s.2-7.

(58) YILDIRIM, Notlar, s.22.

(59) DURAN, Lütfi, "Anayasa Mahkemesi'ne göre Türkiyenin Hukuk Düzeni II", AİD, C.19, S.2, Haziran 1986, s.17.

(60) GÜRAN, Personel, s.50; DURAN, Düzen, s.17.

(61) DURAN, Düzen, s.17.

(62) GÜRAN, Personel, s.48.

Genel yönetim ilkelerine göre yürütülen kamu hizmetlerini tek tek saymak imkansızdır. Ancak belirleyici öğeleri ortaya koymak mümkündür: Genel yönetim ilkeleriyle yürütme, kamu gücü/otoritesi kullanarak hizmet görmeyi anlatmaktadır. Buna göre, asli ve sürekli kamu hizmetinden kamu gücü/otoritesi kullanarak çalışanlar ile bu gücün kullanılmasında katkıda bulunanlar ya da kamu gücü kullananlar ile işbirliği içinde olanlar, kamu görevlisi sayılmalıdır (63).

Anayasanın 128. maddesi ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka nokta, maddede sayılan görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlilerince yürütülmesine izin verilirken, memursuz bir örgütlenmenin kast ve ifade edilmiş olmadığıdır (64). "Diğer kamu görevlileri", maddenin mantığına göre memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanlarıdır (65) ve memurlara özgülenmiş görevleri paylaşacaklardır (66).

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kimlerin diğer kamu görevlisi sayılmayacağını açık-kesin dille ifade etmiştir: Anayasa Mahkemesi bir kararında geçici köy korucularının, genel idare esaslarına tabi kolluk görevi yerine getirdiklerini, fakat yaptıkları işin sürekli görev niteliğinde olmadığını kabul etmiştir (67).

Yüksek Mahkeme, bir başka kararında, İl Özel İdarelerini, kamu tüzel kişiliğine sahip ve görevlerini kamusal nitelikli kabul etmesine karşın, il genel meclisi üyelerini ise: hizmetle kaynaşmış, kaybolmuş bulunmayıp, hizmet kadrosuna sürekli girmemiş, birleşmemiş, bağımsız kaldıklarından, genel veya mesleki statülerine tabi saymıştır. Ayrıca, il genel meclisi üyelerinin, sadece toplandıklarında resmi sıfat ve statü kazanacakları hükmüne varmıştır. İl genel meclisi üyelerini için, kamu hizmetine geçici ve arazi katıldıkları,

(63) SERİM, Hukuksal Boyut, s.10.

(64) 128 inci maddede "ve" bağlacı kullanılmasından; devlet, KİT'ler ve öteki kamu tüzel kişileri, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, ne yalnızca "memurlar", ne de yalnızca "diğer kamu görevlileri" eliyle gördürülebileceği sonucu çıkarılabilir. Sadece birinin çalıştırılabilmesi için "veya" bağlacı kullanılması gerekirdi. Dolayısıyla, kamu hizmeti görevlilerinin bu iki türünün birlikte çalıştırılmasının zorunlu olduğu söylenebilir. GÜLMEZ, Mesut, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar" AİD., C.21, S.4, Aralık 1988, s.28.

(65) GÜRAN, Personel, s.55.

(66) GÜRAN, Personel, s.46

(67) AYM., 10.12.1985, E.85/5, K.85/23, RG.21.1.1986, S.18995, s.47,48.

örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı; iş ve meslek statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alanda ve ölçüde uzmanlaşmadıkları için, memur ya da kamu görevlisi sayılmaları olanağı yoktur sonucuna varmıştır (68).

Anayasa Mahkemesi, İmar Kanunu'nun bazı maddelerini iptal eden kararında (69), bu Kanuna göre kurulan yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarında çalışan elemanların, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlileri kapsamına girmeyeceğini belirtirken şu gerekçeye dayanmaktadır: Bürolar esas itibarı ile serbest meslek icra etmektedirler. Yeminli bürolar bu özellikleri nedeniyle, merkezi idarenin denetim ve gözetimi altında, onun bir birimi değildir. Büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki yoktur.

Oysa Yüksek Mahkemenin, Maden Kanunu'nun bazı hükümlerini iptal eden kararında (70), bu Kanuna göre kurulacak yeminli teknik büroların, kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmadığı kabul edilmiş, bu nedenle büro personelinin "diğer kamu görevlisi" sayılması gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Yeminli Mali Müşavirler ile ilgili olarak da, yeminli mali müşavirlerin, ücretle çalışan serbest meslek sahibi olduklarını; kamu yetkisi kullandıklarını, kamu hizmeti yaptıklarını; ve bu kişilerin görev itibarıyla idarenin bütünlüğü içinde yer aldıklarını. . . ve öte yandan, Devletle bunlar arasındaki ilişkinin bir kamu hukuku ilişkisi olduğunu kabul ederek; kendilerine görevin kanunla verilmiş olup, sahip oldukları tasdik yetkisinin mahiyeti nedeniyle kamu görevlisi sayılması gerektiğine hükmetmiştir (71).

Yüksek Mahkeme'ye göre; "Avukatlık Kanunu avukatlığı kamu hizmeti saymıştır. Fakat serbest avukat, işi seçmek, dilediğini kabul etmek, dilediğini reddetmek hakkına sahiptir. Vekalet veren ile alan arasındaki ilişkileri özel hukuk kuralları düzenler. Buna karşılık hazine avukatlığı memur avukatlık şeklinde bir meslek olup devlet memurları statüsü içindedir. " (72).

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerine ilişkin kararında, serbest meslek ve özel hastane doktorlarını, sağlık kamu hizmeti

(68) AYM., 22.6.1988, E.87/18, K.88/23, RG.26.11.1988, S.20001, s.11-17.

(69) AYM., 11.12.1986, E.85/11, K.86/29, RG.18.4.1987, S.19435, s.20-41.

(70) AYM., 24.12.1986, E.85/20, K.86/30, RG.15.3.1987, S.19401, s.38-52.

(71) AYM., 19.3.1987, E.86/5, K.87/7, RG.12.11.1987, S.19632, s.38-56.

(72) AYM., 28.12.1968, E.68/10, RG., 24.12.1969, S.13382, s.3,4.

gördüklerini kabul etmekle beraber, memur ve diğer kamu görevlisi saymamıştır. Fakat, resmi hastanelerde sözleşmeli olan doktorları "diğer kamu görevlileri"nden saymıştır. Kararda, diğer kamu görevlisi kavramının öğelerini kısaca ve kalın çizgilerle olsa da şöyle sıralamıştır: Kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde çalışan, memur ve işçiden ayrı, İönetime kamu hukuku ilişkisiyle bağılı olan ve sonuç olarak da haklarında özel kurallar uygulanan personeldir (73).

Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, KİT'lerde çalıştırılacak sözleşmeli personelin Anayasanın 128. maddesi anlamında, diğer kamu görevlisi sayılamayacağını, 308 sayılı KHK dolayısıyla verdiği bir kararında şu gerekçeye dayandırmıştır; ". . . Söz konusu KHK'lerin getirdiğı sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğı 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 tabi olduğı belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tabi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerine Anayasal olanak yoktur. " (74).

Yüksek Mahkeme, yeni tarihli bir kararında, diğer kamu görevlileri kavramının, memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiğı asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsadığına hükmetmiştir (75).

Görüldüğü gibi; Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davalarla ilgili olarak verdiği kararlarda, çözümlenmesi istenen somut hukuki uyuşmazlık üzerine eğilmekte, onu çözümlenmekte, fakat buradan hareketle, 128. maddeyi ve kavramları sistemli bir şekilde yerli yerine oturtan bir yol izlememektedir. Mahkeme, önüne gelen davalar dolayısı ile ilke koymaktan çok, Anayasa'ya aykırılık iddialarını birel bir uyuşmazlık gibi ele almaktadır (76). Anayasa Mahkemesi'nin

(73) AYM., 19.4.1988, E.87/16, K.88/8, RG.23.8.1988, S.19908, s.34-57.

(74) AYM., 22.12.1988, E.88/5, K.88/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.26, 27.

(75) AYM., 13.12.1995, E.95/11, K.95/63, AMKD., S.32, C.1, 1997, s.481.

(76) GÜRAN, Personel, s.46.

128. maddeden ne anladığı veya maddeye ne anlam verdiğinin henüz tam olarak netleşmiş olmadığı söylenebilir (77).

Yargıtay, bir kararında memur ve kamu görevlisini, "...Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli kişidir." şeklinde tarif etmiştir (78). Yargıtay'ın bir kararına göre, kamu görevlisi deyimi iki ana unsuru kapsamaktadır. Bunlardan ilki görevlinin bir kamu hizmeti yüklenmiş olması, ikincisi ise bu görev karşılığı olarak devletten maaş, ücret, ödenek vb. gibi her ne ad altında olursa olsun, görevliye maddi bir miktarın verilmesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kapsamında olduğu görüşündedir (79).

Yargıtay, bir kararında diğer kamu görevlileri kavramına verilecek anlam ile ilgili açıklamalar yapmaktadır; "... "Diğer kamu görevlileri" deyimi, Anayasada bir terim olarak yer almıştır. 68.maddede açıkça (yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan "diğer kamu görevlileri") biçimindeki sözcük dizisiyle terim tanımlanmış ve buna özdeş olarak 76.maddede tanım yinelenmiştir. Bir bütünlük gösteren 129.maddenin son paragrafı, "memurlar ve (diğer kamu görevlileri) hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır" biçimindedir. Öyleyse "diğer kamu görevlileri" kovuşturma bakımından idari izine bağlıdır. Öte yandan 129.maddeyle bağlantılı 128.maddede "memurların ve (diğer kamu görevlilerinin) nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" denilmektedir. İşçilerin "atanmaları" değil, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile işe alınmaları söz konusudur. "Diğer kamu görevlileri"nden amacın, seçimle göreve gelenler ve bu arada TRT Yüksel Kurulu Başkanı, Üniversite Rektörü, Senato Üyesi gibi kişiler olduğu yargısal kararlarla belirlenmiştir. Bakan da bunlardandır. "İstisna" anılanlar için söz konusudur. Memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında, en azından "yetki" ve "aylık" konusunda benzerlik vardır; dolayısıyla, işçiler diğer kamu

(77) GÜRAN, Personel, s.47.

(78) YİBBGK., 2.1.1986, E.1985/6, K.1986/1, RG., 10.3.1986, S.19043, s.5-10.

(79) YHGK., 14.9.1983, E.1980/4-1714, K.1983/803, YKD., C.IX, S.11, Kasım 1983.

görevlileri kümesinin dışında yer alırlar" (80).

D. Sözleşmeli Personel

İdarenin, kamu hizmetlerini yürütürken karşılaştığı sıkıntılardan birisi kaliteli, iyi yetişmiş eleman ihtiyacını karşılayamamasıdır. 657 sayılı DMK. , sözleşmeli personel uygulamasını getirerek bu alanda karşılaşılan sıkıntıyı gidermek istemiştir. Kamu personeline ilişkin kanunlara (657, 926, 2547, 2914) bakıldığında, memur statüsünün asıl olduğu, sözleşmeli personel uygulamasına istisna olarak yer verildiği görülmektedir (81).

Kamu hizmetleri çeşitli alanlarda ve değişik hizmet gruplarına ait personel tarafından kanunların getirdiği sınırlamalar içerisinde yürütülmektedir. Kamu kesiminde ücretin yetersiz olması kalifiye personelin özel kesime geçmesine neden olmaktadır. Kamu kesiminde dolgun ücretle ve geçici olarak çalıştırılmak üzere sözleşmeli personel uygulamasına DMK. 'nın 4 üncü maddesiyle kanuni dayanak sağlanmıştır.

Sözleşmeli personel, hizmet akdiyle çalışan kişileri çağrıştırmaktadır. Ancak hizmet akdinden, işverene bağımlılık ilişkisiyle ve özel hukuk karakterli sözleşmeyle tabi olanlar anlaşılmaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde durum farklıdır. Sözleşmelerde taraflardan birisi idare, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin ifası ve sözleşme ilişkisinde idare üstün ve ayrıcalıklı bir konumda ise sözleşmeler idari niteliktedir (82). Kuşkusuz idarenin eşitler arası işlemler olarak yaptığı kira, alım-satım sözleşmesi gibi işlemler idari nitelikte değildir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların taraf oldukları sözleşmeler idari nitelikte olduğundan, idari sözleşme olmanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Fakat, KİT çalışanlarının taraf olduğu ve özel hukuk karakterli olarak gösterilmeye çalışılan sözleşmelerin niteliği tartışma konusudur (83).

-
- (80) YHGK, 8. 2. 1995, E.1994/10-774 K.1995/45, YKD., C.21, S.5, Mayıs 1995, s.705 vd.
- (81) SERİM, Bülent, "Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü", AİD, C.21, S.1, Ankara, 1988, s.135.
- (82) DURAN, İdare, s.428-430; DÜNDAR, Erol, "İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi (I-II)", Sayıştay Denetçileri Derneği Meslek Dergisi- Mali Hukuk, Y.3, S.15-16, Temmuz-Eylül 1972, s.18; BİLGİN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danyştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul 1970, s.112-131.
- (83) Zabunoğlu, sözleşmenin eşitler arası olmayan bir özel hukuk işlemi olduğu

1. Sözleşmeli Personelin Kamu Görevlileri İçindeki Yeri ve Hukuki Statüsü

Sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlileri" kavramına girip girmediğinin irdelenmesi bir çok problemin çözümü bakımından önemli olmaktadır. 1982 Anayasası, "memurlar"la "diğer kamu görevlileri"ni, "kamu hizmeti görevlileri" olarak tek bir personel kategorisinde kaynaştırmış görünmektedir (84).

1961 Anayasasında yer almayan "diğer kamu görevlileri" kavramına 1982 Anayasasının 128. maddesinde yer verilmesiyle, memurlar dışında kamu hizmeti gören kişilerin sınırlanıp sınırlanmadığı tartışması doğmuştur. Anayasada yer alan "diğer kamu görevlilerinin" YÖK, Silahlı Kuvvetler Personeli, Hakim ve Savcılar gibi Anayasada sayılan personel olduğu savunulmuşsa da (85), Anayasanın 68, 76 ve 129. maddelerinde sözü edilen personel sayma yoluyla belirlendikten sonra "yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliğini taşımayan diğer kamu görevlileri" denmesi, bizi Anayasanın, diğer kamu görevlilerini sınırlamak düşüncesinde olmadığı sonucuna götürür. Yapılacak düzenlemeler Anayasanın aradığı koşullara uydukça, sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılacağı söylenebilir (86).

Anayasa Mahkemesi, devlet ya da diğer kamu tüzel kişiliklerinde kamu hukuku esaslarına bağlı olarak çalışanların, çalışma biçimi sözleşmeli de olsa, kamu görevlisi sayılmaları

görüşündedir. ZABUNOĞLU, Yahya, Cumhuriyet Gazetesi, 14 Nisan 1986, s.2; Bazı yazarlar, sözleşmenin, taraflara tanınan fesih hakkı, sözleşme imzalama serbestisi gibi nedenlerle özel hukuk karakterli olduğu görüşündedir. CAN, Tuncay, Çimento İşveren Dergisi, Ankara, Mart, 1988, s.14; ULUCAN, Devrim, "233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Açısından Sözleşmeli Personel ve Yarattığı Sorunlar", Çalışma Hayatımızın Güncel Sorunları, İstanbul, 1987, s.111-115; Reisoğlu ise KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin idari hizmet sözleşmesiyle çalıştıkları görüşündedir. REİSOĞLU, Seza, "308 sayılı KHK ile Değiştirilen 233 sayılı KHK Açısından KİT'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu", TÜHİS, 1988, S.5, s.7-8.

(84) DURAN, Düzen, s.18.

(85) SERİM, Bülent, Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel Uygulaması, Ankara, 1987, s.97.

(86) SERİM, Statü, s.136; CAN, s.22; KUTAL, Metin, "Kamu Kesiminde Sözleşmeli Personel Rejimi Uygulaması ve İşçi-Memur Ayırımının Güncel Sorunları", ORHİM 5, s.8.

gerektiğini kabul etmiştir (87). Yüksek Mahkeme yeni tarihli bir kararında da sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğuna hükmetmiştir (88).

Uyuşmazlık Mahkemesi'nce varılan sonuç da, sözleşmeli personelin bir kamu görevlisi olduğu yolundadır (89). Uyuşmazlık Mahkemesi, 1982 Anayasasının yürürlüğünden sonra, gerekçesini Anayasada yer alan hükümlerle güçlendirerek görüşünü sürdürmüştür (90). Uyuşmazlık Mahkemesi, Halk Bankasında sözleşme ile çalışan personelle ilgili kararında, idari sözleşmelerin genel niteliğinin Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretide "kamu tüzel kişisi tarafından, kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacı ile idare tarafından düzenlenen yazılı tip sözleşmeler olarak" belirlendiğini söyledikten sonra "İdare mahkemeleri, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları çözmekle görevli olduğundan, idari sözleşmenin idare tarafından feshinden doğan anlaşmazlığın görüm ve çözümü de idari yargı yerine ait olması gerekir" sonucuna varmaktadır (91). Uyuşmazlık Mahkemesi, K.İ.T.'lerde çalışan sözleşmelileri(92), kamu kurumlarında çalışan sözleşmelileri (93), Milli Eğitim Bakanlığında sözleşmeli statüde çalışan kişiyi (94), belediyenin sözleşmeli avukatını (95), Emniyet Genel Müdürlüğü'nde sözleşmeli statüde

-
- (87) AYM., 25.5.1976 tarih, E.1976/1, K.1976/28, SERİM, Statü, s.137.
 (88) AYM., 13.12.1995, E.95/11, K.95/63, AMKD., S.32, C.1, 1997, s.481, 485, 498.
 (89) UM., 5.11.1975, E.1974/112, K.1975/215; UM., 27.4.1977, E.1976/52, K.1977/34; UM., 18.10.1978, E.1978/31, K.1978/33; 26.1.1977, E.1975/112, K.1977/8; UM., 27.1.1973, E.1970/38, K.1973/1; UM., 9.10.1977, E.1977/14, K.1977/54; UM., 18.10.1978, E.1978/19, K.1978/22, SERİM, Statü, s.137.
 (90) UM., 18.3.1985, E.1985/2, K.1985/8; UM., 13.10.1986, E.1986/41, K.1986/45; UM., 10.7.1985, E.1985/12, K.1985/18, SERİM, Statü, s.137; UM., 23.12.1996, E.1996/50, K.1996/100, RG., 21.1.1997, S.22884.
 (91) UM., 27.11.1989, E.1989/28, K.1989/32, RG., 24.12.1989, S.20382, s.22 vd. Yüksek Mahkeme, Emlak Bankasını kamu tüzel kişisi kabul ederek, aynı gerekçelerle bankada çalışan sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğu görüşünü devam ettirmiştir. UM., 3.7.1995, E.1995/37, K.1995/37, RG., 31.7.1995, S.22360, s.31.
 (92) UM., 20.5.1996, E.1996/28, K.1996/71, RG., 17.6.1996, S.22669, s.39; UM., 22.1.1996, E.1995/1, K.1996/1, RG., 1.3.1996, S.22567, s.19-24.
 (93) UM., 23.12.1996, E.1996/50, K.1996/104, RG., 21.1.1997, S.22884, s.8.
 (94) UM., 17.6.1996, E.1996/32, K.1996/75, RG., 8.7.1996, S.22690, s.7.
 (95) UM., 8.7.1996, E.1996/42, K.1996/85, RG., 23.7.1996, S.22705, s.38.

çalışan kişiyi (96) kamu görevlisi kabul etmiştir.

Danıştay da çeşitli kararlarında sözleşmeli personelin kamu görevlisi olduğunu, idare ile personel arasındaki sözleşmenin kamu hukuku alanını ilgilendirdiğini kabul etmektedir (97).

Yargıtay bir kamu hizmeti yürüten ve bunun karşılığında devlet bütçesinden (aylık, ücret, ödenek vb. gibi her ne ad altında olursa olsun) para alan personeli kamu görevlisi saymaktadır. Yargıtay, sözleşmeli personel ile çalıştığı kurum arasındaki ilişkinin kamu hukukundan kaynaklandığı görüşündedir (98).

İdarenin yürütmek zorunda olduğu asli ve sürekli kamu hizmetlerini, idarenin gözetim, denetim ve sorumluluğu altında yürüten, karşılığında düzgün aralıklarla kendisine (aylık, ücret vs.) ödeme yapılan kimseler, "diğer kamu görevlileri" kapsamındadır. Diğer bir ifadeyle, kamu idare ya da kurumunda çalışıp da işçi statüsünde bulunmayan personel, 128. madde kapsamındadır (99).

2. Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan Sözleşmeli Personelin Durumu

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, KİT. 'leri 128 inci madde kapsamına almış, ayrıca memurların yanında diğer kamu görevlilerine maddede vermiştir. Bunun iki amacı olabilir:

- KİT. personeli için özel bir personel kanunu çıkarılmasını zorunlu kılmak ve aynı zamanda buna Anayasal temel hazırlamak,
- Kamu kurum ve kuruluşlarında istisnaen de olsa var olan memur ve işçiler dışındaki çalışanlar grubuna Anayasal temel oluşturmaktır.

233 sayılı KHK. ile KİT. 'ler üst kuruluş olarak düzenlenmiştir. Yine aynı KHK. 'ye göre KİT. 'ler, iktisadi devlet teşekkülleri (İDT) ve kamu iktisadi kuruluşlarından (KİK) oluşmaktadır. Özellikle KİK. 'ları, genel idare esasına göre asli ve sürekli kamu hizmeti yürüten

(96) UM., 17.11.1997, E.1996/49, K.1996/49, RG., 14.12.1997, S.23200, s.18,19.

(97) Dan.5.D., 29.3.1971, E.1969/312, K.1971/1601; 24.5.1978, E.1977/2482, K.1978/1916; 28.2.1978, E.1977/104, K.1979/504; Dan.8.D., 15.1.1964, E.1963/9879, K.1964/121; Dan. YBK., 4.7.1964, E.1964/664, K.1964/344, SERİM, Statü, s.137.

(98) Y.9.H.D., 19.1.1989, E.88/10500, K.89/165, KUTAL, Metin, "KİT'lerde Sözleşmeli Personel Statüsü ve Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı (I)", İktisat ve Maliye Dergisi, C.XXXVI, S.8, Ağustos 1989, s.338.

(99) DURAN, Yorum, s.205.

kuruluşlardır (100). 308 sayılı KHK. , ondan önceki 233 sayılı KHK. 'yi değiştirmiş, getirdiği düzenleme ile kamu hizmeti gördüklerinde kuşku bulunmayan KHK. 'nda bile memur çalıştırmaya son vermiş, sonuçta sözleşmeli personeli Anayasa'nın 128 inci maddesi anlamında diğer kamu görevlileri kapsamından çıkarmaya çalışmıştır (101).

233 sayılı KHK. 'nin 308 sayılı KHK. ile değiştirilen 42 nci maddesinde; sözleşmeli personel, "bir hizmet sözleşmesi ile çalışan ve işçi statüsünde olmayan personel" olarak tanımlanmaktadır. Burada "hizmet sözleşmesi ile çalışan" denilerek, personel ile idare arasındaki hukuki ilişkinin "özel hukuk ilişkisi" olması sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak KHK. 'de sözleşmenin hizmet sözleşmesi olarak nitelenmesi, sözleşmeli personelin kamu görevlisi olma niteliğini değiştirmeye yetmez. Çünkü taraflar arasında eşitlik yoktur. 308 sayılı KHK. , hukukumuzda hizmet akdi ile çalışan geniş bir kesimi işçi statüsünden çıkararak ilk düzenlemedir. Burada amaç işçi haklarının geçersiz kurulduğu bir KHK. düzeni ortaya koymaktır (102).

KHK'lerde istihdam şekilleri ile ilgili düzenlemeler de içeren 399 sayılı KHK(103), 233 sayılı KHK'nin 42.maddesini yürürlükten kaldırmıştır. 399 sayılı KHK.'nin 5.2.1992 tarih ve 3771 sayılı Kanunla değişik 3.maddesinde (104) istihdam şekilleri düzenlenmiş, teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle görüleceği belirtilmiştir. 399 sayılı KHK, sözleşmeli personel ile ilgili ikili bir yaklaşım sergilemiştir: Genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapan sözleşmeli personel (m.3/b) ve genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel (m.3/c). KHK.'de geçen sözleşmeli personelin, genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel (m.3/c) olduğu ayrıca vurgulanmıştır. Genel idare

(100) CAN, s.22.

(101) DURAN, Düzen, s.18; SERİM, Sözleşmeli, s.31.

(102) SERİM, Statü, s.141.

(103) RG., 29.1.1990, S.20417, Mükerrer.

(104) Bu değişiklik, 399 sayılı KHK, 3/b. fıkrasının, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapanların bir kısmının sözleşmeli bir kısmının memur olarak çalıştırılabileceğini öngören düzenlenmesinin, Anayasa Mahkemesince, eşitlik ilkesi yönünden Anayasanın 10.maddesine aykırı bulunması üzerine yapılmıştır. Karar için bkz.; AYM., 4.4.1991, E.1990/2, K.1991/7, AMKD., S.27, C.1, 1993, s.222, 223.

esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevi yapan sözleşmeli personel Anayasanın 128.maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri kapsamındadır. Fakat genel idare esasları dışında hizmet yürüten sözleşmeli personel ise, 399 sayılı KHK'nin kapsamında sözleşme yapan, işçi sayılmayan, dolayısıyla Anayasanın 128.maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri kapsamında sayılmayan sözleşmeli personeldir (105).

Kamusal idare usullerine göre yürütülecek asli ve sürekli görevlerin önce kural olarak memurlar eliyle yürütülmesi, diğer kamu görevlilerinin bu kuralın istisnası olarak kabul edilmesi ve kamu hizmetlerinin geçici işler veya uzman personel ihtiyacı hallerinde sözleşmeli personele gördürülebileceği kabul edilmektedir (106). Ancak sözleşmeli personel uygulaması, KİT.'lerin sorunsuz özelleştirilmesi ve sorumluluğa uygun ücret verme gerekçeleriyle, özelleştirilecek kuruluşlarda tüm personel için yapılmıştır. Memur ve işçilerin sahip olduğu kanuni güvencelerin özelleştirme faaliyetlerini engelleyeceğini düşünülerek, KİT.'lerin özel kesime devrinde sorun çıkarmayacak, sendikal haklardan yoksun, iş güvencesi olmayan yeni bir çalışanlar sınıfı olarak sözleşmeli personel uygulaması yapılmıştır (107). Kanun koyucunun ayrı statüde çalıştırdığı kişilere ayrı haklar tanınması doğaldır. Ancak, aynı işi yapan ve aynı sorumlulukları taşıyan ve kamu hukuku ilişkisi içinde çalışan kişilerin aynı statüde bulunmaları gerekirken, bunların ayrı statülerde ve farklı ücretlerle çalıştırılmalarında isabet bulunmamaktadır. Bu durum Anayasanın 10.maddesine aykırılık oluşturur (108). Anayasa Mahkemesi de bir kararında "aynı işte

-
- (105) YILDIRIM, s.24; Reisoğlu, 399 sayılı KHK'nin 3.maddesini şöyle yorumlamaktadır: 399 sayılı KHK.'de işçilerin sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri konusunda herhangi bir hükme yer verilmemekle beraber, KİT.'nde işçi olarak çalışmakta olan kişilerin yaptıkları işler, bir idari sözleşmenin ölçütlerine sahipse, bu kişilerin sözleşmeli personel olarak çalıştırılmalarında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak idari sözleşmeye ilişkin ölçütlere uymayan bir sözleşme, İş Kanunu'na bağlı bir hizmet akdi sayılacak ve adına sözleşmeli personel denilse de bu çalışan kişi, işçi sayılacaktır. REİSOĞLU, Safa, "Anayasa Mahkemesi Kararı ve 399 sayılı KHK Açısından Sözleşmeli Personelin Durumu", TÜHİS, C.11, S.12, Şubat 1990, s.9.
- (106) GÜRAN, Sait, "Devlet Personel Rejiminin Genel Görünümü ve Güncel Sorunları", ORHİM Kongre-Kültür Turizmi Serisi, S.5, Ekim 1986, s.9.
- (107) EKE, Abdülhalim, "Sözleşmeli Personel Uygulaması ve Anayasa Mahkemesi Kararı", AİD., C.22, S.4, Aralık 1989, s.70; SERİM, Statü, s.141.
- (108) BAKIRCI, Kadriye, "399 sayılı KHK açısından KİT'lerde Sözleşmeli Personel

sözleşmeli statüye geçilerek işçilere anayasaca tanınan hakları kaldırmaya yönelik uygulamalar anayasaya açıkça aykırı düşereşitlik ilkesiyle güdülen amaç, aynı koşullar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır." (109).

Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerine ilişkin bir kararında (110), Anayasanın 5.maddesinden yola çıkarak serbest piyasa ekonomisi içinde iktisadi devlet teşekküllerinin yaptıkları hizmetleri kamu hizmeti saymıştır. Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı tekel niteliğine giren hizmetler yönünden söz konusu olmalıdır. Çünkü, aynı işi gören örneğin, Çay-Kur ve Akfa'nın birinin yaptığı işin kamu hizmeti, diğerininkini özel hukuk işlemi saymak Anayasanın eşitlik kuralına aykırıdır. KİT'ler mali imkansızlık veya hizmetin kamu hizmeti, tekel gibi vasıfları taşıması nedeniyle vatandaşların yatırım yapamadıkları alanlarda faaliyet göstermek üzere kurulmuşlardır. Ancak özel kesimde teşebbüsçülerin sayısının artmasına bağlı olarak aynı alanlarda özel kesim faaliyette bulunmaya başlamıştır. Bu sebeple tekel niteliğinde olan çay üretim ve dağıtım gibi konular tekel niteliğini kaybetmiştir. Bu gibi sebepler KİT'lerin gördükleri hizmetlerin pek çoğunun kamu hizmeti olmadığı kuşkusunu doğurmaktadır. Çünkü KİT'ler özel hukuk tüzel kişileri gibi kar ve verimlilik amacına yönelmiş bulunmaktadır (111).

Anayasa Mahkemesi, 399 sayılı KHK.'nin bazı maddelerini iptal ettiği kararında; 399 sayılı KHK. ile sözleşmeli personelin yasal güvenceye kavuşturulmuş olduğunu ve sözleşmeli personel ile kamu iktisadi teşebbüsleri arasındaki ilişkinin idari yargı denetimine bağlı bir kamu hukuku ilişkisi niteliğini taşıdığını, 233 ve 308 sayılı KHK'lerde olduğu gibi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmediğini, sözleşmenin çerçevesinin 399 sayılı KHK ile belirlenen statü kuralları olduğunu, dolayısıyla sözleşmenin idari bir sözleşme sayılması gerektiğini vurgulamıştır. Fakat aynı kararda, 399 sayılı KHK'de sözü geçen sözleşmeli personelin, Anayasanın 128.maddesinin kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir (112).

Çalıştırma", İBD., C.64, S.10-11-12, İstanbul, 1990, s.111 vd.

(109) AYM, 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.44-60.

(110) AYM., 19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8, RG., 23.8.1988, S.19909, s.52.

(111) SERİM, Sözleşmeli, s.17.

(112) AYM., 4.4.1991, E.1990/2, K.1991/7, AMKD., S.27, C.1, 1993, s.218-225.

Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararına katılarak, "kamu iktisadi teşebbüslerine görev yapan memurlar ile sözleşmeli personel arasında kamu görevlilerinin sahip olduğu temel yasal güvence açısından farklılık olmadığı" nı vurgulamıştır (113).

Uyuşmazlık Mahkemesi de, KİT'lerde sözleşmeli çalışanların, sözleşmelerinin idari nitelikte olduğu, kamu görevlisi sayılabileceği görüşündedir (114).

KİT'ler ile ilgili düzenlemelerde, KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel, farklı bir kapsamda ele alınmaya çalışılmıştır. Sözleşmeli personel sanki, hizmet akdiyle veya bu çerçevede çalışan kişi gibi görülmek istenmiştir. Ancak hizmet akdinden, işverene bağımlılık ilişkisiyle ve özel hukuk karakterli sözleşmeyle tabi olanlar anlaşılmaktadır. İdarenin taraf olduğu sözleşmelerde durum farklıdır. Sözleşmelerde taraflardan birisi idare, sözleşmenin konusu kamu hizmetinin ifası ve sözleşme ilişkisinde idare üstün ve ayrıcalıklı bir konumda ise sözleşmeler idari niteliktedir (115). Kuşkusuz idarenin eşitler arası işlemler olarak yaptığı kira, alım-satım sözleşmesi gibi işlemler idari nitelikte değildir. Diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların taraf oldukları sözleşmeler idari nitelikte olduğundan, idari sözleşme olmanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Sözleşmeyi idari nitelikte kılacak özellikler öğreti ve yargı kararlarında(116) belirtilmiştir; Taraflardan birinin kamu idaresi ya da kurumu olması, sözleşme konusunun bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin bulunması, bir yanı oluşturan idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler

(113) D.5.D., 11.11.1992, E.1992/1223, K.1992/2943, DD., Y.23, S.87, 1993, s.267.

(114) UM., 18.3.1996, E.1996/7, K.1996/54, RG., 10.4.1996, S.22607, s.38.

(115) DURAN, İdare, s.428-430; DÜNDAR, Erol, "İdari Sözleşmeler Hakkında Kısa Bilgi (I-II)", Sayıştay Denetçileri Derneği Meslek Dergisi- Mali Hukuk, Y.3, S.15-16, Temmuz-Eylül 1972, s.18; BİLGİN, Pertev, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay İçtihatlarına Göre İdari Sözleşmelerin Kriterleri, İstanbul, 1970, s.112-131.

(116) Anayasa Mahkemesi KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel ile ilgili bir kararında ölçütleri şu şekilde ifade etmiştir: ".....Taraflardan biri ve kamu ilişkisine dayalı konunun sahibi kamu yönetimidir, çalıştırılan birey ya da bireylere karşı daha üstün söz hakkı vardır. Kamu yönetimince hazırlanan "tip sözleşmeler" uygulandığı için statüer özellik ağır basmaktadır.", AYM, 22.12.1988, E.1988/5, K.1988/55, RG., 25.7.1989, S.20232, s.44-60; UM., 9.2.1998, E.1997/67, K.1998/1, RG., 9.3.1998, S.23281, s.28; UM., 17.11.1997, E.1997/49, K.1997/49, RG., 14.12.1997, S.23200, s.19.

kullanabilmesi(117), sözleşmenin ilişkin bulunduğu hizmetin sürekli olmasıdır (118).

Fakat, KİT çalışanlarının taraf olduğu ve özel hukuk karakterli olarak gösterilmeye çalışılan sözleşmelerin niteliği tartışma konusudur (119). KİT'lerde çalışanların imzaladıkları sözleşmelerin niteliğini tespit, öncelikle görülen işin niteliğinin tayinine bağlıdır. 1961 Anayasasında bir hüküm bulunmamasına karşılık 1982 Anayasasının 128.maddesinde KİT'lerin gördükleri hizmetler kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasasının İstanbul Komisyonu Taslağında KİT'ler için öngörülen "özel idare esasları" Kurucu Meclisce metne alınmamıştır. KİT'ler kamu kesiminde yer almakta ise de, yönetim biçimleri tamamen "genel idare esasları" uyarınca değil, kamusal-özel karışımı karma bir yöntemi içermektedir. Bu kuruluşlar dış ilişkilerinde özel hukuk kural ve usullerine uymakla birlikte iç düzen ve etkinliklerinde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı bulunmaktadır (120). Buna göre, hukukumuzda kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, Anayasanın 128.maddesinde belirtilen "diğer kamu görevlileri" kapsamı içinde yer alır.

III. DOKTRİNİN KONUYA BAKIŞI

1982 Anayasasının "diğer kamu görevlileri" tabirinden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde de bir fikir birliği yoktur. Bu kavramın kamu kesiminde çalışan bütün personeli kapsadığını söyleyenler olduğu gibi (121), bu terimle, yaptıkları hizmet bakımından statüleri memurlarinkinden farklı olup da, kendi

(117) Bu yetkiler; Sözleşme hükümlerini kamu hizmetinin zorunluluk ve gereklerine göre tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisi, Sözleşmeliye emir ve direktifler verebilme ve ona karşı zorlayıcı önlemler alabilme yetkisi, Sözleşmeyi süresi bitmeden önce ve tek taraflı olarak feshedebilme yetkisidir. DÜNDAR, s.15.

(118) SERİM, Statü, s.151.

(119) Zabunoğlu, sözleşmenin eşitler arası olmayan bir özel hukuk işlemi olduğu görüşündedir. Cumhuriyet, s.2; Bazı yazarlar, sözleşmenin, taraflara tanınan fesih hakkı, sözleşme imzalama serbestisi gibi nedenlerle özel hukuk karakterli olduğu görüşündedir. TUNCAY, s.14; ULUCAN, s.111-115. Reisoğlu ise KİT'lerde çalışan sözleşmeli personelin idari hizmet sözleşmesiyle çalıştıkları görüşündedir. REİSOĞLU, Seza, "308 sayılı KHK ile Değiştirilen 233 sayılı KHK Açısından KİT'lerde ve Bağlı Ortaklıklarda Çalışanların Hukuki Durumu", TÜHİS, S.5, 1988, s.7-8.

(120) DURAN, Lütfi, Cumhuriyet Gazetesi, 12.12.1988, s.11.

(121) DURAN, Düzen, s.18.

personel kanunlarına tabi olan, silahlı kuvvetler personeli ile hakim ve savcılar kastedilmektedir fikrini ileri sürüp kavramın kapsamını bir hayli daraltanlar da bulunmaktadır (122).

Güran "diğer kamu görevlileri"nin kapsamının oldukça dar olduğunu kabul etmektedir. Çünkü 128. maddede her ne kadar memurun tanımı açıkça yapılmamışsa da, bu maddenin 1. fıkrasındaki satırlar memurun kabul görmüş tanımı olmaktadır. Güran'a göre, 128. maddedeki görevler, hem genel idare, yani "kamusal yönetim" veya "kamusal-özel yönetim karışımı" (123) esaslarına-usullerine göre yürütülen, hem de aslilik ve süreklilik (124) arz ettiklerinden ve öncelikle memurlar tarafından yerine getirildiklerinden (128/1'in tanımı gereği), "diğer kamu görevlileri" kavramının bu esaslar çerçevesinde belirlenmesi gerekir (125). Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak idare ile 'kamu hukuku' ilişkisi bulunan ve hizmetin 'asli elemanı' sayılabilecek türde bir görevde çalışanlar olabilir (126).

Duran, 128. maddede memur tanımının yapılmadığını, "genel idare esasları" ile "özel yönetim usulü" nün birbirine karıştırıldığını kabul etmekte; ancak, 128. madde hükmünün, kamu kesiminde çalışanların tümünü "kamu görevlisi" kapsamı içinde düşündüğünü ifade etmektedir (127). Anayasa, "kamu hizmeti görevlileri" nin tümünü, yani "memur ve diğer kamu görevlileri"ni tek bir personel kategorisi içinde kaynaştırarak aynı genel kurala tabi kılmıştır. Memurlarla öteki personel arasında ayrıma yer olmadığı gibi, "genel idare esasları" veya "özel yönetim yöntemleri" ne göre yürütülen kamu hizmetlerinde çalışanlar arasında da bir fark kalmamıştır (128). Duran'a göre, "genel idare esasları" tabiri kamusal ve özel yönetim biçimini ifade etmekte olduğundan, madde 128/1 ile, bu şekilde idare edilen kurum ve kuruluşların

(122) BAŞ, Hasan, "Denetim Elemanları ve Sözleşmeli Personel Statüsü", Denetim Dergisi, S.4, Nisan 1986, s.3; MERİÇ, Osman, "Kamu Görevlileri Kavramının Seçim Hukukundaki Kapsamı ve Anlamı ile Belediye Başkanlarının ilişkisi", AİD., C.24, S.3, 1991, s.191; AKGÜNER, s.17; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, Ankara, 1995, s.148; GÜRAN, Bakanlar, s.199.

(123) GÜRAN, Bakanlar, s.199; GÜRAN, Personel, dipnot: 17, s.46.

(124) GÜRAN, Personel, s.50.

(125) GÜRAN, Bakanlar, s.199.

(126) GÜRAN, Personel, dipnot: 17, s.46.

(127) DURAN, Düzen, s.18.

(128) DURAN, Düzen, s.18.

"asli ve sürekli görevlerinde" çalışanlar memur sayıldığı gibi; işçi niteliği taşımayan bütün öteki personel "diğer kamu görevlileri" arasına girmektedir (129). Böylece, "devlet memuru" kavramı özelliğini yitirmekte ve "kamu görevlisi" terimi de tüm "idare ajanlarını" kapsar görünmektedir. Sadece işçiler bu kavramın içinde değildirler (130). Ozansoy'da bu görüşleri paylaşmaktadır (131)

Baş'a göre "diğer kamu görevlileri", kamu birimlerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli hizmetleri görmekle ve bu haliyle memur olmakla beraber 657 sayılı Kanun kapsamı dışında bulunan, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personeli Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa tabi personeldir (132).

Zabunoğlu, 1982 Anayasasının öncekinden farklı olarak, KİT'in genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli buldukları kamu hizmetlerinin gerekli kıldığı asli ve sürekli görevleri ifa edecek personelinin mutlaka memur veya en azından "diğer kamu görevlisi" statüsünde bulunmasını emrettiğini; bu görevlerin idari üst düzey görevleri olduğunun açık bulunduğunu; bu nedenle söz konusu kuruluşlarda asli ve sürekli görev ifa edenlerin sözleşme ile istihdam edilemeyeceğini belirtmektedir (133). Bu açıklamalar Zabunoğlunun, sözleşmeli personeli "diğer kamu görevlileri" kapsamında görmediğini ortaya koymaktadır.

Ulucan da, Zabunoğlu'na benzer bir yaklaşımla, KİT'nde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin, müessese müdürlüğü, fabrika müdürlüğü, yönetim kurulu üyeliği gibi idari üst düzey görevler olduğundan hareketle, ancak bu görevlerde diğer kamu görevlisi çalıştırılabileceğini kabul etmekte ve sözleşmeli personeli diğer kamu görevlilerinden saymamaktadır (134).

Özay, idare alanında "memur"lar ve "diğer kamu görevlileri"ni, "asli ve sürekli görevler"i yürüten iki büyük kategori olduğunu

(129) DURAN, Yorum, s.205.

(130) DURAN, Yorum, s.201.

(131) OZANSOY, Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 1989, s.316.

(132) BAŞ, s.3.

(133) ZABUNOĞLU, Yahya, K., "Kamu Kesiminde Sözleşmeli Personel", Cumhuriyet Gazetesi 14.5.1986.

(134) ULUCAN, s.105.

belirttikten sonra “diğer kamu görevlileri”ni şöyle belirliyor:“Anayasa’da diğer kamu görevlileri olarak nitelenenler işçi, sözleşmeli, fahri ajan ve yükümlüler gibi çeşitli isimler altında anılan personeldir.”(135).

Serim’e göre “diğer kamu görevlileri” deyimi; memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, yönetime bir kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan tüm kamu personelini içermektedir (136). İşçiler dışındaki kamu hizmeti görevlileri, süreklilik gösteren ve dayanağını kamu gücünde bulan bir hizmet ile görevlendirilenlerdir. Bu gibiler, kamu tüzelkişiliğinde, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışırlar; yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlıdırlar; bu ilişkinin doğal sonucu olarak kendilerine bütçeden ödeme yapılır ve haklarında kanunlarla belirlenen özel kurallar uygulanır. Çoğu kez durumları “kamu kanunları”ile düzenlenir. Kanunların çizdiği çerçeve içinde kimi konuların, yürütmenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenmesi mümkündür. Sözleşmeli personel modeli bunun en çarpıcı örneğini oluşturur (137).

Anayasa, “diğer kamu görevlileri”ne yer vermekle “memur” kavramını gerçek anlamına özgülemiş olmaktadır (138). Kanun koyucu, memurlarda olduğu gibi, “diğer kamu görevlileri”nin de statülerini Anayasanın 128. maddesi ve genel ilkeler çerçevesinde serbestçe düzenleyebilir ve yeni kamu görevlisi kategorileri yaratabilir (139).

Anayasa’nın 128. maddesinde sözü edilen memur ve diğer kamu görevlilerinin kimler olabileceği konusunda bir tanım vermek gerekirse: Memur ve diğer kamu görevlileri, idari teşkilat bünyesinde bir birimde, genel idare esaslarına göre görülen asli ve sürekli bir kamu hizmetini meslek olarak seçmiş olan, idare kadroları ve hiyerarşisi içinde yer alan; atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasalarla düzenlenen personeldir (140). Anayasa Mahkemesi

(135) ÖZAY, s.209.

(136) SERİM, Bülent,“Anayasa Mahkemesinin Son Kararı ve KİT Personeli”, AYD.,C.22,S.3,Eylül 1989, s.61.

(137) SERİM, Hukuksal Boyut, s.11.

(138) KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD., C.43, S.1-4, s.189.

(139) KANLIGÖZ, s.192.

(140) YILDIRIM, Notlar, s.24.

bir çok kararında, memur ve diğer kamu görevlilerinin atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasalarla düzenlenmesi gerektiğinin önemini vurgulamış, bu konuların KHK ile düzenlenemeyeceğini belirtmiştir (141). Memurlar dışında kalan ve 657 sayılı DMK'nun 1. maddesinde belirtilen üniversite öğretim üyeleri, yargıçlar ve askerler gibi ayrı personel kanunları ve rejimi bulunan görevliler, diğer kamu görevlileri deyimi içine girmektedir (142). Geçici köy korucusu, belediye, il genel meclisi üyeleri, belediye başkanları, muhtarlar, süreli atanan yardımcı doçentler, kısmi zamanlı doçentlerle profesörler, KİT yönetim veya danışma kurulu üyeleri, diğer kamu görevlisidir (143). 399 sayılı KHK'nin 3/b. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yürütülecek hizmetleri ifa edecek personel de diğer kamu görevlisi kavramı içinde düşünülmelidir (144).

SONUÇ

1982 Anayasası kamu görevlileri için genel bir düzenleme yapmış, devletin çeşitli gelişmeler ve çağın değişimi karşısında gittikçe artan fonksiyonlarını da dikkate alarak, tüm kamu hizmeti görevlilerini "memur" kavramı altında toplamamış, onların kendi içindeki ayrımını kanun koyucunun iradesine bırakmıştır. 128. madde de yer alan "diğer kamu görevlileri", maddenin mantığına göre memurların tamamlayıcısı, onlarla birlikte ve onlardan sonra düşünülen kamu ajanlarıdır ve memurlara özgülenmiş görevleri paylaşırlar.

Kamu görevlileriyle ilgili, Anayasanın değişik maddelerinde, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, belirsizlik ve kapalılıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, gerektiğinde fevkalade somut olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşır karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılması terminoloji sorunu doğurmuştur. 1982 Anayasası "personel rejimi açısından", soruna çözüm getirememiş, kamu görevlileri arasında karışıklığa ve belirsizliğe yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi de kavram kargaşasını

-
- (141) AYM., 1.2.1990, E.88/64, K.90/2, AMKD., S.26, 1992, s.68, 74;
AYM., 12.12.1991, E.91/27, K.91/50, AMKD., S.27, C.2, 1993, s.698, 699;
AYM., 31.12.1992, E.92/40, K.92/55, AMKD., S.28, C.2, 1993, s.576-581;
AYM., 25.11.1993, E.93/50, K.93/52, AMKD., S.29, C.2, 1994, s.830-832.
- (142) AKGÜNER, s.17; KANLIGÖZ, s.182.
- (143) GÜRAN, Personel, s.52.
- (144) UM., 17.11.1997, E.1997/60, K.1997/58, RG., 14.12.1997, S.23200, s.33.

ortadan kaldıracak içtihatlarda bulunamamıştır.

Sonuç olarak bir tanım vermek gerekirse; Kamu görevlileri, idari teşkilat bünyesinde bir birimde, genel idare esaslarına göre görülen asli ve sürekli bir kamu hizmetini meslek olarak seçmiş olan, idare kadroları ve hiyerarşisi içinde yer alan; atanmaları, görevleri, yetkileri, sorumlulukları, hakları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri yasalarla düzenlenen personeldir.

1961 ve 1982 ANAYASALARINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

* Murat ŞEN

GİRİŞ:

Bir devletin ana kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve hürriyetlerini belirleyen kurallar bütünü, o devletin anayasal düzenini oluşturur (1). Günümüzde az sayıdaki istisnalar bir tarafa bırakılacak olursa, hemen bütün devletlerde anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayandığı görülmektedir (2). Anayasal düzenin yazılı bir anayasaya dayanmadığı ülkelerde de anayasal düzene ilişkin bazı yazılı belgeler bulunabilir (3). Fakat bunlar, ya İngiltere örneğindeki gibi bazı yazılı belgelerin yanında çok sayıda anayasal teamül ve anayasal uygulamalarda görüldüğünden; ya da İsrail örneğindeki gibi farklı tarihlerde yürürlüğe konmuş birbirinden farklı metinlerde yer alan anayasal kuralların varlığından dolayı, yazılı anayasaya sahip olmayan ülke kabul edilmektedir (4).

Yazılı anayasaların yaygın bir hale gelmesinin temelinde, değişen iktidar ilişkilerinin yeni biçiminin yazılı kurallarla belirtilmesi ihtiyacının yanında, federal yapıli devletlerin ortaya çıkması sonucu federal otorite ile yerel otoritelerin yetki bölüşümünü yazılı bir biçimde düzenlenmesi yatmaktadır. Devletin ana kuruluşunu yazılı bir biçimde belirleyip güvence altına almak ihtiyacı, bu kuralların değiştirilmesinin çeşitli düzenlemelerle zorlaştırılması düşüncesini

-
- * A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi
- (1) Turhan Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951, s. 6-7; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul 1986, s. 143; Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 1; Hasan Tunç, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992, s. 1.
 - (2) Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Ankara 1974, s.81, 89. Eroğul, inceleme dolayısıyla ele aldığı 137 ülkenin sadece 12 tanesinin anayasasının teamüli anayasa (tedvin edilmemiş anayasa) olduğunu belirtmektedir (Eroğul, s. 81-91, 176).
 - (3) Teziç, s. 146; Onar, s. 1.
 - (4) Eroğul, s. 81-91; Teziç, s. 145-147.