

PAPER DETAILS

TITLE: SÖZLESMELİ PERSONEL İSTİHDAMI ÜZERİNE HUKUKİ BİR İNCELEME: KİT
SÖZLESMELİ PERSONELİ ÖRNEĞİ

AUTHORS: Mehmet Rauf KARSLI

PAGES: 71-86

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230760>

SÖZLEŞMELİ PERSONEL İSTİHDAMI ÜZERİNE HUKUKİ BİR İNCELEME: KİT SÖZLEŞMELİ PERSONELİ ÖRNEĞİ

Mehmet Rauf Karslı*

GİRİŞ

Sözleşmeli personel istihdamı, gerek idari yönüyle gerekse de hukuki yönüyle pek çok incelemenin konusu olmuştur. Bununla beraber, sözleşmeli personel kavramının tam olarak ne ifade ettiği ve sözleşmeli personelin hukuki statüsü üzerinde genel bir uzlaşa bulunmamaktadır.

Günümüzde sözleşmeli personel rejiminin hukuki çerçevesini çizen mevzuatın ve içtihadın incelenmesi bu açıdan önemlidir. Ancak, konuya ilişkin hukuki sürecin incelenmesi, mevcut yapının tam olarak anlaşılabilmesi açısından bir o kadar önemlidir. Bu açıdan öncelikle idari hizmet sözleşmesi kavramının –yönetmelik boyutundan bağımsız olarak– hukuki gelişimi ortaya konulmaya çalışılmıştır. Buradan elde edilen bilgiler ışığında idari hizmet sözleşmesinin mahiyeti ve idari sözleşmeler teorisiyle ilişkisi irdelenmiş; sözleşmeli personel istihdamının akdi ya da statüer rejimlerden hangisine daha yakın olduğu sorusuna cevap aranmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, ilk olarak farklı sözleşmeli personel tanım ve düzenlemelerinden yola çıkarak genel anlamıyla sözleşmeli personel statüsü ortaya konulmaya çalışılmıştır. Sonrasında ise konu kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) özelinde incelenmiştir. Bu sınırlamanın temel nedeni, 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinde KİT'lerin de açıkça zikredilmiş olması ve KİT'lerin ana istihdam biçimini sözleşmeli personelin oluşturmasıdır.

KİT'lerde halen sözleşmeli personelin yanı sıra memurlar ve işçiler de istihdam edilmektedir. Ancak, 1982 Anayasası sonrasında kamu iktisadi teşebbüslerinin ana istihdam biçimini sözleşmeli personel teşkil etmektedir. 1982 Anayasası'nın kabulünden günümüzde de geçerli olan yapıya kadar geçen süreçte iki önemli Anayasa Mahkemesi Kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda Mahkeme “diğer kamu görevlisi” kavramına dikkat çekmiştir. Bu açıdan KİT sözleşmeli personelinin “diğer kamu görevlisi” kavramı karşısındaki durumu da ele alınmaya çalışılmıştır.

Ayrıca, KİT sözleşmeli personel statüsünün tam mahiyetinin ortaya konulabilmesi açısından, memur statüsüyle mukayesesi yapılarak, iki statü arasındaki benzerlikler ve farklılıklar da irdelenmiştir.

* Devlet Personel Uzmanı

1. TÜRK HUKUKUNDA İDARİ HİZMET SÖZLEŞMESİ KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI VE NİTELİĞİ

1.1. İDARİ HİZMET SÖZLEŞMESİ KAVRAMININ ORTAYA ÇIKIŞI

Cumhuriyet Döneminin personel rejimine ilişkin ilk yasal düzenlemesi olan 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurun 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 edilmiştir¹. 3656 sayılı 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 sürülmektedir². Bu düzenleme sonrasında da çeşitli düzenlemelerde teknik personelin yüksek ücretle çalıştırılabilmesi³ veya yabancıların kamuda istihdamına olanak sağlanması⁴ gibi gerekçelerle sözleşmeli personel istihdamına yer verilmiştir. Personel yönetimi alanında sözleşmeli personel üzerine yapılan incelemeler genel olarak bu ve benzeri düzenlemelere odaklanmaktadır. Ancak bu düzenlemeler esnasında ve sonrasında "mukaveleliler" olarak anılan sözleşmeli personelin özel hukuk hükümlerine tabi oldukları⁵ kabul edilmiştir. Bununla birlikte, sözleşmeli personelin statüsü ve sözleşmenin niteliği tartışma konusu olmamıştır.

Konu hukuki boyutuyla irdelendiğinde ise Devlet Tiyatrosu sanatçıları'nın istihdam rejimi önemli bir dönüm noktasıdır. 1949 yılında Devlet Tiyatrolarının kurulmasına ilişkin 5441 sayılı Kanun'un gerekçesinde tiyatrocuların istihdamına ilişkin ilkeler şu şekilde ifade bulmuştur:

i. *"Bütün başka memleketlerde olduğu gibi sanatkârı memur çerçevesi içinde mütalâa etmemek, esas olan istidat ve formasyonların, kendi şartları içinde gelişmesini temin etmek."*

ii. *"Sanatkârların bareme, süreye ve kıdeme bağlı tutmuyarak onlara kendi özellikleri içinde her zaman başarıma imkânlarını vermek"*

Hükümetin tasarısında, tiyatro mesleğine özgü çalışma ve gelişim şartlarının mevcut olduğu kabul edilmiş ve tiyatro sanatçıları'nın memur statüsünden farklı bir biçimde istihdam edilmeleri gerektiği ifade edilmiştir. Kanunun 5'inci maddesi ile sanatçıların sözleşme ile çalıştırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Tiyatrocular ile idare arasında imzalanan sözleşmenin niteliği hukuki çekişmelere ve tartışmalara konu olmuştur. Danıştay 5. Dairesi 1954 yılında verdiği bir Kararda⁶ *"Devlet Tiyatrosu sanatkârlarının inzibatî işlerinin bir nizam-name ile tâyin edileceği 5441 sayılı kanunun 19 ncu maddesi hükmü icabından bulunduğu ve inzibatî kararlar kazaî mahiyette olup kanuni ve nizamî bir esasa*

¹ Müstahdemlerin özel hukuka tabi oldukları hk.17/05/1928 tarihli ve 425 sayılı TBMM Tefsir Kararı.

² Demir, İbrahim; **Cumhuriyet Öncesi ve Cumhuriyetin 50. Yılında Devlet Memuru**, Devlet Personel Dairesi Yayınları, Ankara, 1973, s.35.

³ 25/04/1958 tarihli ve 4/10195 sayılı Bakanlar Kurulu kararı eki "Muayyen ve Muvakkat Müddetli Hizmetlerde Çalıştırılacak Yevmiyeli Personel Talimatnamesi".

⁴ 30/09/1960 tarihli ve 91 sayılı Devlet Plânlama Teşkilâtının Kurulması Hakkında Kanun.

⁵ Devlet Personel Dairesi, **Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor**; Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1962, s.51.

⁶ Danıştay 5. Daire, 09/13/1954 E:1953/1056 K:1954 DKD, S.-64-65 sf. 190-191.

dayanması lâzım geleceği cihetle böyle bir statüye istinat edilmeksizin ve istihdam tarzlarını tesbit eden mukavelede muayyen disiplin halleri haricinde verilecek inzibatî cezaların hukuk esaslarına göre bir hüküm ifade edemeyeceği ve hâdisede davacı hakkında yapılan muamelenin mukaveleye uyar bir ciheti de görülmediği sebebiyle kanunî ve nizamî bir mesnede dayanmadığı anlaşılan karar ve muamelenin iptaline...” hükmetmiştir.

Giritli, bu Kararın sanatçılar ile Kurum arasında yapılan sözleşmelerin idari sözleşme olarak kabul edilmesiyle Türkiye’de idari sözleşme kategorisini genişleten ilk karar olduğunu ileri sürmüştür⁷.

Duran ise bir kararda idari sözleşme kavramının kullanılmış olmasının idari sözleşme kategorisini genişletmek için yeterli olmadığını ileri sürmüş ve Danıştayın daha eski bir kararında⁸ da bu kavrama yer verdiğini belirtmiştir⁹. Buna göre, bahsi geçen kararda dava idari işlemin yasayla belirlenen usul ve esaslara aykırılığı gerekçesiyle açılmış olup sözleşmenin ihlali aleyhine açılmış bir dava bulunmamaktadır.

“Kararda idari sözleşme ihlaline ilişkin bir dava söz konusu ise Milli Eğitim Bakanlığının davalı konumda olması hukuken mümkün olmazdı. Ayrıca, kararda yapılan işlemin yasayla belirlenen usul ve esaslara aykırılığının belirtilmesi yeterli iken “davacı hakkında yapılan muamelenin mukaveleye uyar bir ciheti de görülmediği” nin söylenmesi abestir¹⁰.”

Danıştay 5. Dairesinin 1956 yılında verdiği bir Karar¹¹ ise şu şekildedir:

“Âmme hizmetlerinin arzettiği özelliklere göre idare, çeşitli statü ve rejime tabi personel kullanmak yetkisine sahiptir. Bu gün için kamu hizmetleri arasında yer alan tiyatro ve bale hizmeti mevzuatımıza göre idarenin bizzat yürüteceği hizmetler arasında yer almış ve Kanun Koyucu bu hususta hizmetin arzettiği özelliği nazara alarak idareye mukaveleli personel istihdamı yetkisini de ayrıca tanımıştır. İdare Kanunun kendisine tanıdığı bu imkândan faydalanarak istihdam edeceği personeli seçmiş ve bunlarla takdir yetkisine dayanmak suretiyle birer mukavele akdetmiştir. İdare aktedeceği mukaveleleri idari birer mukavele olarak tanzim edeceği gibi, âmme menfaati ile alâkalı bir ihtiyacı karşılamak maksadı ile de olsa hususi hukuk hükümlerine de istinat ettirebilir. Bu hususun tayininde idare geniş bir takdir yetkisine sahiptir.”

Buna göre, tiyatro bir kamu hizmetidir ancak idarenin personeli ile imzalayacağı sözleşmenin idari ya da özel hukuka tabi olması konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

⁷ Giritli, İsmet; **Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler**. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.496.

⁸ Danıştay “Amme idare ve müesseselerinin müstahdemleriyle münasebetlerinin idarî kaza noktasından tetkik edilebilmesi bu müstahdemlerin istihdam tarz ve şartlarının amme kanun ve tüzükleriyle veya idarî bir mukavele ile tesbit edilmiş olmasına bağlıdır.” ifadesi ile idarenin idari sözleşme ile personel çalıştırabileceğini ifade etmiş; ancak “Dava-cının istihdam tarz ve şartları amme kanun ve tüzükleriyle tesbit edilmemiş olduğu gibi bir mukavele ile de tanzim ve tasrih edilmemiş bulunduğu idareden, ifa ettiği bir hizmet karşılığı olarak vuku bulan alacak iddiasının tetkiki”ni görevi dışında saymıştır. Danıştay 5. Daire, 15/11/1950 E:445 K:2574 DKD, S.-50-53 sf. 495-496.

⁹ Duran, Lutfi, **Türk Hukukunda İdari Mukaveleler**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:1-2, İstanbul, 1964, s.434-435.

¹⁰ Duran, Lutfi, **Türk Hukukunda İdari Mukaveleler**, s.431.

¹¹ Danıştay 5. Daire, 09/06/1956 tarih ve E:56/1281, K:56/1740

“İncelenen söz konusu mukavelelerin metin ve mahiyetlerine göre bunların hususi hukuk hükümlerine istinat ettirilmiş olduğu görülmektedir. Böyle olunca işbu mukaveleden doğan ihtilâfların Danıştay’da değil adli mahkemelerde çözülmesi ve Danıştay’da açılmış davaların görevsizlik sebebiyle reddi gerekir. Mukavelelerin yenilenmemesi yolundaki menfi tasarruflardan doğan ihtilâfların çözüm yeri de yine adli mahkemeler olmak lâzım gelir.”

Danıştay 8. Dairesinin 1964 yılında verdiği bir Kararda¹² ise tiyatronun kamu hizmeti niteliğinde olduğu hususunda hemfikir olmakla birlikte sözleşmenin niteliğinin idari olduğu ve konunun Danıştayın görev alanına girdiği savı ileri sürülmektedir:

“Tiyatro İdaresiyle sanatkârlar arasında çıkan ihtilâfların çözülmesinde Danıştay’ın vazifeli olup olmadığı konusu incelenirken sanatkârların hukuki durumlarının tesbiti ve bundan sonra sanatkârlarla Tiyatro idaresi arasında aktedilen sözleşmenin bir idari mukavele olup olmadığının tâynini gerekir.

... Bu düşünce muvacehesinde sanatkârı mukavele ile hizmete almakta Kanun Koyucunun maksadı; sanatkârı alelade bir hususi hukuk mukavelesi ile idareye bağlamak değil, sanatçıya, sanat hayatının her devresinde emeğinin karşılığını vermek ve bu istihdam mukavelesi hükümlerine uygun olarak disiplinli ve programlı çalışmalarını sağlamaktır.

3546 sayılı Danıştay Kanununun 23 üncü maddesinin B fıkrası, idari sözleşmelerden doğan ihtilâfların Danıştay’da çözüleceğini hükme bağlamış ve 25 inci maddesiyle de Memurin ve Teşkilât Kanunlarından doğan ihtilâfların halli vazifesi Beşinci Dâva Dairesine verilmiştir. Hukuki durumu Memurin Kanununun 1 inci maddesi şümulüne dâhil müstahdem bulunan sanatçı ile Tiyatro İdaresi arasında âmme hizmeti ifası maksadına matuf (bir idari mukavele ve aynı zamanda yine Memurin Kanununun 3 üncü maddesine uygun bir istihdam mukavelesi mahiyetinde bulunan sözleşmeden doğan ihtilâfların çözülmesi vazifesinin Danıştay’ın görevi dahilinde bulunduğunu kabul etmek gerekir.”

Buna göre, Kurum ile sanatçılar arasında imzalanan sözleşme idare hukukunun alanındadır ve Danıştay idari sözleşmelerden doğan çekişmeleri gidermekle görevlidir. Duran’a göre, bu karar idari hizmet sözleşmesini hukuku-muza getiren ilk karardır¹³.

Bu iki karar arasında aykırılık bulunması dolayısıyla Milli Eğitim Bakanlığı içtihadın birleştirilmesi talebiyle Danıştaya başvurmuştur. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında¹⁴ 8. Dairenin görüşü 2/3 çoğunlukla kabul edilmiştir:

“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 alma-

¹² Danıştay 8. Daire, 15/01/1964 tarih ve E:63/9879, K:64/121

¹³ Duran, Lutfi, **Türk Hukukunda İdari Mukaveleler**, s.434-435.

¹⁴ E:1964/674 K:1964/344 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 05/05/1965 tarihli ve 11990 sayılı Resmi Gazete

makta muhtardır» demeye mevzuat ve hukuk esasları muvacehesinde imkân yoktur.”

Bu karara göre¹⁵;

- Tiyatro bir kamu hizmetidir,
- Sanatçılar kamu ajanıdır ve Memurin Kanunu anlamında müstahdemdir,
- Sanatçılar ve Kurum arasında imzalanan sözleşme idaridir ve sözleşmeden çıkan uyumsuzlukların çözümünde Danıştay görevlidir,

Sanatçıların görevinin sözleşme süresiyle sınırlı olduğu kabul edilemeyeceği gibi, Kurumun sözleşmeyi yenilememesi için hukuki gerekçelere dayanması gerekmektedir.

Duran’a göre, özgünlüğünü ve önemini anlamak için birçok vasfın yanında hukuk literatürüne hakim olmayı gerektiren İçtihadı Birleştirme Kararı üzerinde ne kadar durulsa ve övülse azdır¹⁶.

Uler, Danıştay kararlarının idari işlemlerin denetim dışında tutulmasının önlenmesi ve tam anlamı ile statüter olmayan personelin korunması bakımından önemini vurgulamıştır¹⁷. Ancak söz konusu kararlarda önemli çelişkiler bulunduğunu ileri sürmüştür. Buna göre; İçtihadı Birleştirme Kararında sanatçıların Memurin Kanunu anlamında müstahdem olarak tanımlanması tartışmalıdır¹⁸. Müstahdemler daimi ve geçici hizmetliler olarak ikiye ayrılmıştır ve odacı, kolcu bekçi gibi görevleri ifa edenler bu sınıftadır.

Uler, Oğuzman’ın memur statüsünde olmamak kaydıyla hizmet akdi ile çalışanların 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu bakımından işçi sayılacakları ve bu kanunların tanıdığı haklardan faydalanabilecekleri yönündeki görüşlere¹⁹ katılmadığını belirtmekle birlikte mevcut mevzuat ve içtihat doğrultusunda bu görüşlerin savunulabileceğini ifade etmiştir²⁰. Ancak, gerçekte sosyolojik olarak işçi sayılamayacak personel için grev gibi bir korumanın sağlanmasına mesafeli yaklaşmıştır. Ancak Oğuzman’ın görüşü çerçevesinde sendikal haklar ve grev hakkının kullanımı gündeme gelmiştir²¹.

¹⁵ Karşlı, Mehmet Rauf, **Devlet Eliyle Sanat ve Kamuda Sanatçı Olarak Çalışmak**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.68.

¹⁶ Duran, Lutfi, **İdari Mukavele**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:32, Sayı:1, İstanbul, 1966, s.359.

¹⁷ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.238.

¹⁸ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.223.

¹⁹ Oğuzman, M. Kemal; **İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Karma Ekonomi Teşebbüslerinde Çalışan Personelin Hukuki Durumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Cilt:3 Sayı:1,1965.

²⁰ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.232-233.

²¹ Tiyatrocular da işçi oldukları görüşünden hareketle, “Türkiye Opera Tiyatro Sanatkârları ve Yardımcı İşçileri Sendikası (TOTSİS)” adlı bir sendika kurmuşlardır. İdare ise tiyatrocuların işçi değil memur oldukları iddiası ile sendikanın kapatılması talebiyle yargıya başvurmuş, 7 inci Asliye Hukuk İş Mahkemesi bu talebi kabul etmiş ancak Yargıtay Mahkemesinin bu kararını oybirliğiyle bozmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26/10/1964 Kararının gerekçesi özetle şu şekildedir: “Devlet Tiyatrosu ile sanatçılar arasındaki sözleşme, yapılan hizmet kamu hizmeti olsa, verilen ücret kanunla da düzenlense hizmet sözleşmesidir. Hizmet akdiyle çalışan bir kimse Sendikalar Kanununa göre işçidir. İşçi niteliğinde bulunan kamu hizmeti görevlilerinin işçi sendikası kurma veya bunlara üye olma haklarını engelleyen bir kanun hükmü ise yoktur. Ve bu sendika-

Söz konusu içtihadı birleştirme kararı sözleşmeli personel istihdamının hukuki çerçevesini ortaya koymuştur. Sonrasında verilecek kararlara emsal teşkil ettiği gibi, yapılan düzenlemeler açısından da belirleyici olmuştur.

Bahsedilen hukuki sürecin neticesinde, 5441 sayılı Kanunda köklü değişiklikler yapan 1310 sayılı Kanunla birlikte sanatçıların statüsü yeniden düzenlenmiştir. Bu Kanunla sanatçıların sözleşmesinin idari sözleşme olduğu ve bu sözleşmede Devlet memuru niteliğine hâlel getirmeyecek düzenlemelere yer verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Buna paralel olarak sanatçıların sözleşmelerine atıf yapılan, 6'ncı, 7'nci, 8'inci, 9'uncu, 18'inci maddeler ile ek 4 üncü maddede yer alan "sözleşme" ifadesi "idari sözleşme" olarak güncellenmiştir²².

1.2. İDARİ HİZMET SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

Azrak, Fransa, Almanya ve Avusturya örneklerini karşılaştırmalı olarak inceledikten sonra ülkemiz –başta Onar ve Derbil olmak üzere- doktrinine ve yargı kararlarına da dayanarak idari sözleşmelere ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur²³:

- İdare bir tüzel kişi olarak, diğer tüzel kişiler gibi özel hukuk sözleşmelerine taraf olabilir.
- Sözleşmenin idari mahiyette olup olmayacağının tespitinde idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, idare uygun gördüğü takdirde özel hukuk dairesinde sözleşmeler taraf olmakta serbesttir.
- İdarenin sözleşme imzalayabilmesi için kanunda açıkça yetki verilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Azrak, bir sözleşmeyi idari yapan kriterleri ise şu şekilde tespit etmiştir²⁴:

I. Taraflardan en az birinin idare olması,

II. Sözleşmenin konusunun kamu hizmetiyle ilgili olması,

nun kapatılması kanuna aykırıdır." Yargıtay Kararı üzerine TOTSİS faaliyetlerine devam etmiş ve Yönetimle toplu sözleşme görüşmelerine başlamıştır. Görüşmeler devam ederken 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu çıkmış ve Devlet Personel Dairesi, Devlet Tiyatrosu Sanatçılarının da bu kapsamda olduğunu belirten bir yazılı mütalaa göndererek toplu sözleşme görüşmelerine son verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun üzerine görüşmeler kesilmiş ve TOTSİS greve gitmeye karar vermiştir. Grev iki gün sürmüş ve beraberinde birçok hukuki tartışmayı getirmiştir. İdare, sanatçıların memur olduğunu, sanatçılar ise işçi olduklarını savunmuştur.

²² Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesinin 02/12/1969 tarihli ve 71-516/9495 sayılı yazısında bu değişik şu şekilde gerekçelendirilmiştir: "5441 sayılı Kanunda sadece sözleşme terimi kullanıldığı halde; tasarıda idari sözleşme tanımlanmasına yer verilmiştir. İdari ve adli yargı mercilerinden alınan kararlarda; genel müdürle sanatkarlar ve uzman memurlar arasında yapılan sözleşmelerin özel hukuk alanında yer alan hizmet akdi olmadığı, müddet hitamında feshedilmeyeceği, sanatkar ve uzman memurlara bareme, kıdeme ve süreye bakılmaksızın kendi özellikleri içinde ücret ödemek amacıyla sözleşme yapıldığı cihetle bu sözleşmelerin idari birer sözleşme olduğu açıklandığından benimsendiğinden bu tanımlamanın kullanılması zaruri olmuştur. Böylece 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu prensiplerine de sadık kalınmıştır."

²³ Azrak, Ülkü; **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:29, Sayı:3, İstanbul, 1963, s.535.

²⁴ Azrak, Ülkü; **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, s. 537.

III. Sözleşmenin idareye –re’sen icra, icrai karar alma ve sair- üstün yetkiler tanıyarak idari karakter kazanması.

Danıştay 8. Dairesi ve içtihadı birleştirme kararlarında da davanın konusunu sözleşme hükümlerinin ihlali oluşturmamaktadır. Esasen davaya konu edilen idarenin sözleşmeyi yenilememesi işlemidir²⁵. Davacının sözleşme süresi sona ermiş ve idare sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmiştir. Diğer bir ifadeyle bir fesih söz konusu değildir.

Uler’e göre bu Kararlarda idarenin sözleşmeyi yenilememe işlemi sözleşmeye aykırılığı gerekçesiyle değil hukuka aykırılığı gerekçesiyle iptale hükme dılmıştır²⁶. Danıştay yerleşmiş içtihadı ile sadece mevzuattan doğan çekişmelerde kendisini yetkili görmüş ve bunun dışındaki konuları özel hukukun alanında saymıştır²⁷. Özel hukukun hizmet sözleşmesi hükümleri koruyucu olmadığı için Danıştay görev sorununu aşmak için idari hizmet sözleşmesi kavramına başvurmuştur²⁸. Burada Danıştayın amacı personelin korunmasını sağlamak ve onlara yüksek ücret vermek için geliştirilmiş sözleşmeli çalıştırma yönteminin onlar aleyhine kullanılmasını önlemektir²⁹.

Diğer taraftan, idari sözleşme kuramı idareye üstün yetkiler tanımaktadır. Danıştay teorinin asıl amacı olan idarenin üstünlüğüne karşıt bir amaçla sözleşmeyi yenileme zorunluluğu getirmekte ve istisnayı kaide kılmaktadır³⁰. Oysa hizmetin sürekli olması onu yürütecek personelin de sürekliliğini gerektirmektedir. Danıştayın bu kuralı getirirken hukukun temel ilkelerinden hangisine dayandığı açık değildir³¹.

Uler, bütün bunlar karşısında sözleşmeli personel istihdamının memurlardan daha yüksek ücret ödenmesinin önün açılması için geliştirilmiş bir tür “muvazaa” olduğunu belirtmiş³² ve özünde sözleşmenin idarenin tek yanlı atama işlemlerinden çok büyük bir farkı bulunmadığını ileri sürmüştür³³.

Bunun yanında dönem uygulamasında personel ile idare arasından her zaman sözleşme imzalanmadığı da ileri sürülebilir. Devlet Memurları Kanununun hazırlanmasından önce Devlet Personel Dairesince hazırlanan raporlarda uygulamada personel ile idare arasında her zaman sözleşme imzalanmadığı şu şekilde ifade edilmiştir:

“Memurin Kanununa göre, mukavelelerine tevfikan işlem yapılması gerekmekte ise de, tatbikatta her zaman mukavele yapılmadığından istihdam tarz ve şartları dairelerin takdirinde kalmakta ve özel hukuk hükümleri tatbik olunmaktadır.”³⁴

Diğer taraftan, tarafların karşılıklı iradeleri doğrultusunda hukuki durumlarını belirledikleri hallerde bir sözleşme ilişkisinden bahsetmek mümkün-

²⁵ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.225.

²⁶ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.226.

²⁷ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.231.

²⁸ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.229.

²⁹ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.227.

³⁰ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.229.

³¹ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.227.

³² Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.227.

³³ Uler, Yıldırım; **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, s.235.

³⁴ Devlet Personel Dairesi, **Devlet Personel Rejimi Hakkında Ön Rapor**; Başbakanlık Devlet Matbaası, Ankara, 1962, s.51.

dür. Statü ilişkisinde ise ilgililer kendilerinden başka bir merciin daha önceden ortaya koyduğu iradeye uygun olarak objektif hukuki duruma dahil olmak yönünde bir irade gösterirler³⁵. 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 mevzuatın önemli bir bölümünde, personelle imzalanacak idari hizmet sözleşmeleri düzenleyici işlemlerle belirtilmiştir³⁶. Personelin sözleşme üzerinde bir değişiklik yapma imkanı bulunmadığı gibi, idarenin de sözleşme üzerinde yapabileceği değişiklikler sınırlandırılmıştır. Personelle idare arasında genellikle tip sözleşmeler imzalanmaktadır. Kural olarak, idarenin objektif şartları taşıdığını ortaya koyan kişilerle idari hizmet sözleşmesi imzalayıp imzalamamak hususunda bir takdir yetkisi de bulunmamaktadır.

Buna göre, konunun idari sözleşme teorisiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Hatta bir sözleşmeden çok “sözleşme faraziyesinden” bahsetmek mümkündür. Sözleşmeli personel istihdamının memuriyet statüsü dışında, farklı bir statü olarak mütalaa edilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

2. KİT SÖZLEŞMELİ PERSONELİNİN STATÜSÜ

2.1. GENEL OLARAK SÖZLEŞMELİ PERSONEL STATÜSÜ

Ülkemizde pek çok farklı düzenlemelerde sözleşmeli personel çalıştırılmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde genel olarak sözleşmeli personelin çalıştırılacağı alanlar belirtilmektedir. Diğer taraftan bu düzenlemelerde sözleşmeli personel statüsüne ilişkin ortak iki unsura yer verilmektedir:

- i. Sözleşme ile çalışma
- ii. İşçi sayılmama

Bu iki unsur sözleşmeli personel statüsüne ilişkin genel bir fikir vermekle birlikte, statüyü tüm hatlarıyla ortaya koyamamaktadır. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere sözleşmenin bir faraziye olduğu kabul edildiğinde durum daha karışık bir hal almaktadır. Ancak, yine de bu iki unsur dikkate alındığında sözleşmeli statünün işçi ve memur statüleri dışında ayrı bir statü oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Belirtildiği üzere Ülkemizde sözleşmeli personel istihdamına ilişkin pek çok farklı düzenleme bulunmaktadır. Farklı düzenlemelere dayanarak istihdam edilen ve farklı yetki, sorumluluk ve özlük haklarına sahip olan personelin statüsünün birbiriyle mukayesesi anlamlı olsa da, tüm bu personelin ortak bir

³⁵ Duran, Lütfi; **İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu İle Sendika ve Grev Hakları**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:33, Sayı:1-2, İstanbul, 1967, s.38.

³⁶ 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. 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 itibariyle yıllık olarak düzenlenir.” Bu hüküm çerçevesinde hazırlanan yönetmelikte sözleşme örneği düzenlenmiştir.

statü içerisinde bulunduğunu savunmak çok istikrarlı görünmemektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmeli personel statüsü işçi ve memur statüsü dışında kalan tek bir statüye işaret etmemektedir. Sözleşmeli personel terimini genel bir başlık olarak değerlendirerek her sözleşmeli personel statüsünü kendi içerisinde değerlendirmek daha isabetli olacaktır.

2.2. 1982 ANAYASASI VE KİT SÖZLEŞMELİ PERSONELİNİN STATÜSÜ

1961 Anayasası'nda genel idare esaslarına göre yürütülecek görevlerde memur çalıştırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁷. Bu dönemde kamu tüzel kişisi olan kamu iktisadi teşebbüslerinin durumu tartışma konusu olmuş ancak uygulamada teşebbüslerde memur istihdam edildiği gözlenmiştir³⁸. 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinde ise Devletin ve kamu tüzel kişileri yanında kamu iktisadi teşebbüslerinin de genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği hükme bağlanmıştır. 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesi kamu iktisadi teşebbüslerini kapsamına almasının yanı sıra, genel idare esaslarına göre yürütülecek asli ve sürekli görevlerde "diğer kamu görevlilerinin" çalıştırılabileceğini belirtmesi ile de 1961 Anayasası'nın 117'nci maddesinden ayrılmaktadır.

Diğer taraftan, 1982 Anayasası'nın 128'inci maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Diğer kamu görevlisi kavramının kapsamı ve hangi görevlilerin bu kapsamda sayılacağı doktrin ve içtihat tartışmalarına konu olmuştur. Ancak, Anayasa hükmünden yola çıkıldığında, 128'inci madde çerçevesinde istihdam edileceklerle ilişkin genel esasların kanunla belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası sonrasında KİT personeline ilişkin ilk düzenleme 233 sayılı KHK ile yapılmış; bu düzenleme ile sözleşmeli istihdam temel istihdam biçimlerinden biri halini almıştır. Gelen eleştiriler üzerine yürütme, 308 sayılı KHK ile 233 sayılı KHK'de önemli değişiklikler yapmıştır. 308 sayılı KHK'de sözleşmeli statü genel olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenecek bir alan haline getirilirken, grev hakkı bulunmayan sözleşmeli personel ile idare arasındaki uyumsuzlukların adli mahkemelerde görüleceği gibi hükümler getirilmiştir³⁹.

Anayasa Mahkemesi, KİT'lerde çalıştırılacak sözleşmeli personelin hukuki statüsünü düzenleyen 308 sayılı KHK dolayısı ile verdiği Kararında ise; söz konusu Kararname ile KİT'lerde çalıştırılması düşünülen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128'inci maddesi anlamında, diğer kamu görevlisi sayılama-

³⁷ 1961 Anayasasının 117 nci maddesinin 1 inci fıkrası şu şekildedir "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür."

³⁸ Güran, Sait; **Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı**, Anayasa Yargısı, Cilt: 6, s. 43.

³⁹ 308 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararname m.6

yacağına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu Kararını şu gerekçeye dayandırmıştır:

"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 yoktur⁴⁰."

Mahkeme bir istihdam rejiminin kanunla veya KHK ile zikredilmesinin "diğer kamu görevlisi" kapsamında ele alınması için yeterli olmadığına hükmetmiştir. Buna göre bir istihdam rejiminin "diğer kamu görevlisi" kapsamında değerlendirilmesi için, rejimin ana hatlarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Kararın akabinde 399 sayılı KHK hazırlanarak KİT personel rejimi yeniden düzenlenmiştir. 399 sayılı KHK'nın bazı hükümleri, bu hükümlerin kanunla düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş⁴¹; iptal edilen hükümler 3771 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir.

Günümüzde de kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personelin statüsü hususunda 399 sayılı KHK ve bu KHK üzerinde değişiklikler yapan 3771 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler uygulanmaktadır. 399 sayılı KHK'de daha sonra yapılan değişiklikler statüyü etkileyecek nitelikte değildir.

Duran, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi yönündeki Anayasal teminatın, "genel esasların" kanunla tespit edilmesi gerektiği anlamına geleceğini, ancak bu hususun en ince ayrıntısına kadar her şeyin kanunla düzenlenmesini gerektirmediğini ifade etmiştir⁴². Ancak, kadroların memurların aylık ve haklarının esası ve ölçüsü değil, sadece bir kalıbından ibaret olduğunu belirterek, kadro ilga ve ihdas işlemlerinin yürütme organınca idari ihtiyaca göre yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁴³.

Buradan da anlaşılacağı üzere, bir istihdam biçiminin sadece ismen kanunda zikredilerek statüye ilişkin esasların idarenin düzenleyici işlemlerine terk edilmesi, kanunla düzenleme anlamına gelmemektedir. Bir örnek vermek gerekirse, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesinde sözleşmeli personel bir istihdam biçimi olarak sayılmış fakat esasların Bakanlar Kurulu Kararıyla tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi Kararları neticesince KİT sözleşmeli personeline ilişkin mevzuat önemli birçok değişiklik geçirmiştir. Mer'i mevzuat

⁴⁰ 22/12/1988 tarihli ve E:1988/5, K:1988/55 sayılı Karar 25.07.1989 tarihli ve 20232 sayılı Resmi Gazete

⁴¹ 4/4/1991 tarihli ve 1990/2 E, 1991/7 K, sayılı Karar 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı Resmi Gazete

⁴² Duran, Lütfi; **İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.472.

⁴³ Duran, Lütfi; **İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.489.

hükümleri dikkate alındığında statünün genel esaslarının⁴⁴ kanun ve KHK ile düzenlendiği görülmektedir.

Belirtildiği üzere her sözleşmeli personel statüsü kendi düzenlemeleri çerçevesinde incelenmelidir. 1982 Anayasası'nın 128 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birlikte ele alındığında, asli ve sürekli görevlerde çalıştırılacak "diğer kamu görevlilerinin" özlükleri ile hak ve yükümlülüklerinin hiç değilse genel esasları itibarıyla kanunda düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Buna göre, günümüzdeki statüsü ile KİT sözleşmeli personelinin "diğer kamu görevlisi" kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

Bir mukayese yapmak açısından 4/B sözleşmeli personel statüsünü bu açıdan ele almak faydalı olacaktır. Genel esasları Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlendiği dikkate alınır 4/B sözleşmeli personelin "diğer kamu görevlisi" kavramı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir. 4/B sözleşmeli personelin genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerde çalıştırılması isteniliyorsa statüsüne ilişkin genel esasların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁵.

2.3. KİT SÖZLEŞMELİ PERSONEL STATÜSÜNÜN DEVLET MEMURU STATÜSÜYLE MUKAYESESİ

Memur statüsü, Anayasa'nın 128 inci maddesi çerçevesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunlarla düzenlenmiştir. KİT'lerde sözleşmeli personel ana istihdam biçimini oluşturmakla birlikte yönetim ve denetim görevlerinde memurlar istihdam edilmektedir⁴⁶. Memur statüsü, KİT sözleşmeli personel statüsünden farklı bir statüdür. Bu farklılığın yanında KİT sözleşmeli personel statüsünün birçok açıdan memur statüsüne yaklaştığı söylenebilir.

Memur olarak işe alınacaklar⁴⁷ ile KİT'lerde sözleşmeli personel olarak işe alınacaklarda aranan⁴⁸ şartlar karşılaştığında büyük ölçüde benzer şartların arandığı görülmektedir. Aranan kıstaslar açısından iki önemli fark dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki hüküm giymiş kişilerin işe alınmasına ilişkindir. Kasten işlenen suçtan bir yıldan az hüküm giyenlerin memur olması mümkünken, bu şart KİT sözleşmeli personeli için altı ay olarak düzenlenmiştir. Diğer önemli bir fark ise engelli kişilerin göreve alınmasına ilişkindir. Devlet Memurları Kanunu görevi yapamayacak ölçüde bir engel bulunmamasını şart koşarken diğer yandan, dolu memur kadrolarının %3'ünün engellilerden oluşması gerektiğini hüküm altına alarak engelli istihdamını zorunlu hale getirmiştir⁴⁹. Bunun yanında engellilerin KİT sözleşmeli personeli olarak istihdamı mümkün

⁴⁴ Haklar, yükümlülükler ve sorumluluklar, ücret tespiti vs. Kadro ve pozisyonlar ise Bakanlar Kurulunca tespit edilecektir.

⁴⁵ Uygulama bunun aksine gelişmektedir. Ancak konu şimdiye kadar Anayasa Mahkemesine yansımamıştır. 4/B uygulamasının dönüşümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: Özkal Sayan, Albayrak; **İstisnailikten Genelliğe, Geçicilikten Sürekliliğe: 4/B Sözleşmeli Personel İstihdamı**, Amme İdaresi Dergisi Cilt:44 sayı:3, Ankara, 2011.

⁴⁶ 399 sayılı KHK'nın 3 üncü maddesinin (b) bendi gereği.

⁴⁷ Devlet memuru olabilmek için gereken şartlar 657 sayılı Kanunu 48 inci maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁸ KİT sözleşmeli personeli olarak işe gireceklerde aranan şartlar 399 sayılı KHK'nın 7 nci maddesinde düzenlenmiştir.

⁴⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 53 üncü maddesi.

değildir. Genel olarak benzer kıstaslar aranmakla birlikte, KİT sözleşmeli personeli olabilir için daha ağır kıstaslar arandığını söylemek mümkündür.

Her iki statüde de göreve başlamak için yapılacak sınavlarda başarı gösterilmesi gerekmektedir⁵⁰. Yasal düzenlemelerde, yapılacak sınavlara ilişkin genel ifadeler yer verilmiştir. Ancak, Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe giren bir Yönetmelikle⁵¹, yapılacak sınavlar memurlar ve KİT sözleşmeli personeli için ortak olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre, uzmanlık, müfettişlik gibi kariyer meslekler dışında kalan memur kadroları ile KİT 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 KİT 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 bulunmamaktadır⁵².

Hak, yükümlülük ve sorumluluklar açısından da 657 sayılı Kanun ve 399 sayılı KHK önemli ölçüde örtüşmektedir. KİT sözleşmeli personeli memurlar ile aynı sosyal güvenlik ve emeklilik sistemine tabidir⁵³. Sendika kurmak her iki istihdam biçimi için de bir hak olarak düzenlenmiştir⁵⁴, grev yapmak yasaklanmıştır⁵⁵. Sendika haklarının kullanımına ilişkin mevzuat da ortaktır⁵⁶. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği neticesinde 128 inci maddeye kamu görevlilerine ilişkin mali hakların toplu sözleşme süreciyle belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır. 657 sayılı Kanun ve 399 sayılı KHK'de mali haklara ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen memurların ve KİT sözleşmeli personelinin mali hakları toplu sözleşme sürecinde ayrı ayrı ele alınmaktadır. Buna göre mali haklara ilişkin uygulama ve esaslar önemli ölçüde farklı olmakla birlikte, günümüzde mali haklar aynı usul ve süreç içerisinde tespit edilmektedir. KİT sözleşmeli personeli görevlendirmelerde memurlar ile aynı yolluk ve harcırah imkanlarından faydalanmaktadır⁵⁷.

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

⁵⁰ 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunun 50 inci maddesi, 399 sayılı KHK'nın 8 inci maddesi.

⁵¹ Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik, 3/5/2002 tarihli ve 24744 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 2 nci maddesi KİT'leri de kapsama almıştır.

⁵² Burada idare sadece yasa, KHK ve yönetmelikte belirtilen şartları taşıdığını beyan eden adayın, gerçekten bu şartları taşıyıp taşımadığını kontrol eder. Aday beyan ettiği üzere gereken şartları taşıyorsa idare işlemi gerçekleştirmek zorundadır.

⁵³ 399 sayılı KHK'nın 12 nci maddesi.

⁵⁴ 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunun 22 nci maddesi, 399 sayılı KHK'nın 13/A maddesi.

⁵⁵ 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunun 27 inci maddesi, 399 sayılı KHK'nın 14 üncü maddesi.

⁵⁶ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu.

⁵⁷ 399 sayılı KHK'nın 31 inci maddesi.

kullanmaları mümkünken⁵⁸, KİT sözleşmeli personelin cari yıl içerisinde izin hakkını kullanmak zorunda olmasıdır⁵⁹.

Memur statüsü ile sözleşmeli personel statüsü⁶⁰ arasındaki en ciddi fark görev yeri değişikliği açısından ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeli personel pozisyonlarında çalışanların yer değişikliği yapması istisnai bir durumdur⁶¹. Kural olarak sözleşmeli personelin görev yeri sabittir. Bunun yanında memurların yer değiştirme suretiyle atanmalarına ilişkin birçok düzenleme bulunmakta ve bazı memur grupları zorunlu yer değişikliğine tabi tutulabilmektedir.

İlk bölümde incelendiği üzere, oturmuş içtihadı⁶² göre haklı bir neden olmaksızın idarenin sözleşmeyi yenilememek suretiyle personelin görevine son vermesi mümkün değildir. Sözleşmenin hangi hallerde feshedileceği ise 399 sayılı KHK'da⁶³ açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme büyük ölçüde 657 sayılı Kanun'da⁶⁴ memuriyetin sona ermesine ilişkin düzenleme ile paraleldir.

Diğer taraftan, 2011 yılı öncesinde her iki statüde personel değerlendirilmesi sicil değerlendirmesi üzerinden yapılmaktayken, 6111 sayılı Kanun ile memurlar için sicil değerlendirilmesine son verilmiştir. Buna karşın KİT sözleşmeli personeli halen sicil ve başarı değerlendirilmesine tabi tutulmaktadır.

⁵⁸ 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunun 103 üncü maddesi.

⁵⁹ 399 sayılı KHK'nın 21 inci maddesi.

⁶⁰ Burada KİT sözleşmeli personel statüsünü de içine almak üzere, genel olarak sözleşmeli personel statüsü kast edilmektedir.

⁶¹ Örneğin, 6475 Posta Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girmesinden önce KİT statüsünde olan PTT'nin tüm ülke sathında faaliyet yürüttüğü ve çok sayıda sözleşmeli personel istihdam ettiği için bir yönetmeliği bulunmaktadır. 4/B sözleşmeli personelin yer değişikliği yapabilmesi ise çok katı şartlara bağlanmıştır.

⁶² E:1964/674 K:1964/344 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 05/05/1965 tarihli ve 11990 sayılı Resmi Gazete.

⁶³ 399 sayılı KHK'nın 45 inci maddesi: "Teşebbüs veya bağlı ortaklıklarda çalışan sözleşmeli personelin sözleşmesi aşağıdaki hallerde feshedilir:

a) İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili 10 gün göreve gelmemek,
b) İşe alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının anlaşılması veya bu şartlardan birinin sonradan kaybedilmesi,
c) Görev veya görev yerinin değişmesi halinde belirlenen süre içinde mücbir bir sebep olmaksızın yeni görevine başlamamak,
d) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sözleşme hükümlerine aykırı davranışlarda bulunmak,
e) Sicil ve başarı değerlendirmeleri birbirini izleyen iki sözleşme döneminde (D) düzeyinde olmak,
İstek, yaş haddi, malullük veya sicil sebeplerinden biri ile emekliye ayrılma hallerinde sözleşme sona erer."

⁶⁴ 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunun 98 inci maddesi: "Devlet memurlarının

a) Bu kanun hükümlerine göre memurluktan çıkarılması;
b) Memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi;
c) Memurluktan çekilmesi;
ç) İstek, yaş haddi, malullük sebeplerinden biri ile emekliye ayrılması;
d) Ölümü; hallerinde memurluğu sona erer."

Bu değerlendirme, görevde yükselme⁶⁵, ücret⁶⁶ ve sözleşmenin yenilenmemesi ya da feshedilmesinde başlıca dayanağı⁶⁷ oluşturmaktadır.

Ayrıca, 399 sayılı KHK'de hüküm bulunmayan hallerde Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak kaydıyla 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması mümkündür⁶⁸. Bu düzenleme ile 399 sayılı KHK'de yer almayan bazı mazeret izinleri ve diğer haklardan sözleşmeli personel de yararlanmaktadır.

Belirtildiği üzere KİT'lerde yönetim ve denetim görevleri memurlar eliyle yürütülmektedir. KİT sözleşmeli personelinin yönetim kademelerine atanması görevde yükselme⁶⁹ ve memur statüsüne geçme niteliğinde olmaktadır⁷⁰. Ancak, KİT sözleşmeli personelinin memur kadrolarına herhangi bir sınava tabi olmaksızın naklen atanması mümkün değilken⁷¹, memurların KİT sözleşmeli personel pozisyonlarına herhangi bir sınava tabi olmaksızın naklen atanmaları mümkündür⁷².

Diğer taraftan, 1980 sonrası süreçte özelleştirme bir iktisadi politika olarak benimsenmiş ve KİT'lerin büyük bölümü özelleştirilmiştir. Bu süreç, KİT sözleşmeli personeli açısından da önemli sonuçlar doğurmuştur. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, özelleştirme işlemlerine ilişkin usul ve esasları belirlemiş; bunun yanında özelleştirilen bir KİT'de istihdam edilen sözleşmeli personelin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına naklini de düzenlemiştir⁷³. Buna göre, özelleştirilen bir KİT'de istihdam edilen sözleşmeli personel Devlet Personel Başkanlığına bildirilmekte ve Başkanlıkça diğer kamu kurum ve kuruluşlarının memur kadrolarına atanması teklif edilmektedir. Devlet Personel Başkanlığınca atama teklifi yapılan idare ilgilinin atamasını yapmakla yükümlüdür⁷⁴. Özet olarak ifade etmek gerekirse, özelleştirilen bir KİT'de görevli sözleşmeli personel diğer kamu kurum ve kuruluşlarının memur kadrolarına atanma hakkına sahiptir.

Sözleşmenin yenilenmemek suretiyle göreve son verilememesi, sözleşmenin ve sözleşmenin feshinin kanuni sınırlarla düzenlenmiş olması ve özelleş-

⁶⁵ 399 sayılı KHK'nın 9 uncu maddesi.

⁶⁶ 399 sayılı KHK'nın 27 inci maddesi.

⁶⁷ 399 sayılı KHK'nın 40 ıncı maddesi.

⁶⁸ 399 sayılı KHK'nın 58 inci maddesi.

⁶⁹ 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 Resmi Gazete)

⁷⁰ 399 sayılı KHK'nın 5 inci maddesi.

⁷¹ 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi sözleşmeli statüde çalışmakta iken istifa ederek ayrılan personelin Devlet memuru kadrosuna atanamayacağına ilişkin 17/04/2006 tarihli ve 5569 sayılı Devlet Personel Başkanlığı mütalaası.

⁷² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca memur olarak çalışan personelin 399 sayılı KHK'ye tabi sözleşmeli pozisyonlara atanmasının mümkün olduğu hk. 28/11/2006 tarihli ve 22404 sayılı Devlet Personel Başkanlığı mütalaası.

⁷³ 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun 22 nci maddesi.

⁷⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için: Karşı, Mehmet Rauf; **Özelleştirilen Kamu Kurumlarından Personel Nakli ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. Özelleştirmesi**, [http://www.academia.edu/3479393/Ozellestirilen_Kamu_Kurumlardan_Personel_Nakli_ve_Turk_Telekomunikasyon_A.S._Ozellestirmesi erişim 08/06/2013]

tirme sonrasında memur olarak atanma hakkı tanınmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda, KİT sözleşmeli personel statüsünün iş güvencesinden yoksun olduğunu ileri sürmek hayli güç görünmektedir.

SONUÇ

1939 yılından bu yana birçok yasal düzenleme sözleşmeli personel istihdamına yer vermiştir. Ancak, istihdamın hukuki niteliği ve genel esasları büyük ölçüde 1960'lı yıllarda verilen Danıştay kararları neticesinde şekillenmiştir. Danıştay konuyu ele alırken sözleşmeli personel ile idare arasında imzalanan hizmet sözleşmesinin idari sözleşme olduğuna hükmederek görev sorununu aşmıştır. Bununla birlikte, idari yargı kararlarında konu, sözleşmeye aykırılıktan çok, idari işlemlerin hukuka uygunluğu üzerinden incelenmiştir. İçtihat ve sonrasında gelen düzenlemelerle kural olarak ne personelin ne de idarenin sözleşme üzerinde değişiklik yapmasına imkan kalmamıştır. Böylelikle, sözleşmeli personel istihdamı akdi bir yapıdan çok statüter bir nitelik kazanmıştır. Tarafların iradesi önceden daha üstün bir iradeyle -yasa ya da düzenleyici işlemlerle- belirlenen bir statüye dahil olup olmamakla sınırlıdır. İdare ise kural olarak objektif niteliğe sahip kişilerle sözleşme imzalamak zorundadır. Dolayısıyla, bir sözleşmeden çok sözleşme faraziyesinden bahsetmek mümkündür.

Diğer taraftan, sözleşmeli personel istihdamına ilişkin düzenlemeler yeknesaklık göstermemektedir. Bir sözleşme ile çalışma ve işçi sayılmama tüm sözleşmeli personel tanımlarının ortak unsurlarıdır. Sözleşmeli personel kavramı bu iki unsuru taşıyan tüm istihdam rejimlerini kapsayan geniş bir kavramdır. Bu önermenin bir sonucu olarak tek bir sözleşmeli personel statüsünden bahsetmek mümkün değildir. Sözleşmeli personel statüsü, memur statüsü ile işçi statüsü arasında kalan birden çok statüye işaret etmektedir. Bu itibarla, her sözleşmeli personel statüsünü kendi düzenlemeleri içerisinde ele almak faydalı olacaktır. Böylelikle, çelişkili görülen bazı hukuki meselelerin açıklığa kavuşması mümkün olacaktır.

1982 Anayasasında, 1961 Anayasasından farklı olarak genel idare esaslarına göre yürütülecek asli ve sürekli görevlerde memurların yanında “diğer kamu görevlileri”nin de istihdam edilebileceği hüküm altına alınmış ve KİT’ler de bu kapsama dahil edilmiştir. Bu düzenleme sonrasında hangi istihdam rejimlerinin “diğer kamu görevlisi” kavramına dahil olduğu doktrinde ve yargıda tartışmalara neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi 128 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan memur ve diğer kamu görevlilerinin nitelik, atanma, görev, yetki, hak ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki ilkeden hareketle bir istihdam biçiminin sadece kanunda zikredilmesini yeterli görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, KİT sözleşmeli personeline ilişkin genel esasların kanunda belirlenmediği gerekçesiyle “diğer kamu görevlisi” olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin iki kararı neticesinde KİT personel rejimi büyük ölçüde değişmiştir. Günümüzdeki haliyle, KİT sözleşmeli personel istihdamına ilişkin genel esasların yasal çerçeve ile belirlendiğini söylemek mümkündür. Ayrıca, bu düzenlemelerde uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde Devlet Memurları Kanununun da uygulanması mümkündür. Böylelikle yasal çerçevede boşluk bırakılmamaya çalışılmıştır. Mevcut haliyle KİT sözleşmeli personel statüsünün “diğer kamu görevlisi” kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir.

İçtihatlar ve sonrasında yapılan düzenlemeler sonrasında KİT sözleşmeli personel statüsü, memur statüsüne yaklaştırılmıştır. İşe alma, emeklilik, yükselme, sendikal haklar, mali hakların tespiti ve sair konularda iki statü için de aynı ya da benzer esaslar geçerli hale gelmiştir.

Hukuken geçerli bir sebebe dayanmaksızın idare sözleşme imzalamamak yoluyla personelin işine son veremeyeceği gibi, sözleşme fesih nedenleri de KHK ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca, personelin görev yaptığı KİT'in özelleştirilmesi halinde personelin memur kadrolarına nakil hakkı bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında KİT sözleşmeli personel statüsünün iş güvencesi açısından da memur statüsüne çok yaklaşmıştır.

KAYNAKÇA

Azrak, Ülkü, **İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:29, Sayı:3, İstanbul, 1963, s.521-539.

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

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

Duran, Lütfi, **Türk Hukukunda İdari Mukaveleler**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:1-2, İstanbul, 1964, s.434-435.

-----**İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.466-492.

----- **İdari Mukavele**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:32, Sayı:1, İstanbul, 1966, s.351-359.

----- **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.

Karşı, Mehmet Rauf, **Özelleştirilen Kamu Kurumlardan Personel Nakli ve Türk Telekomünikasyon A.Ş. Özelleştirmesi**, [http://www.academia.edu/3479393/Ozellestirilen_Kamu_Kurumlardan_Personel_Nakli_ve_Turk_Telekomunikasyon_A.S._Ozellestirmesi erişim 08/06/2013]

KARSLI, Mehmet Rauf, **Devlet Eliyle Sanat ve Kamuda Sanatçı Olarak Çalışmak**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Giritli, İsmet, **Henri Capitant Derneğinin İstanbul Toplantısı ve İdari Mukaveleler**, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt:30, Sayı:3-4, İstanbul, 1964, s.493-497.

Güran, Sait, **Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı**, Anayasa Yargısı, Cilt: 6, s. 39-66.

Oğuzman, M. Kemal, **İktisadi Devlet Teşekkülleri ve Karma Ekonomi Teşebbüslerinde Çalışan Personelin Hukuki Durumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Cilt:3 Sayı:1,1965.

Özkal Sayan, Albayrak, Oğuz, **İstisnailikten Genelliğe, Geçicilikten Sürekliliğe: 4/B Sözleşmeli Personel İstihdamı**, Amme İdaresi Dergisi Cilt:44 sayı:3, Ankara, 2011, s.141-172.

Uler, Yıldırım, **Sözleşmeli Personel İdari Sözleşmeler**, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:22-23, Sayı:1-4, Ankara, 1965-1966, s.216-238.