

## ANAYASANIN 128. VE 129. MADDELERİ YÖNÜNDEN KAMU GÖREVLİLERİ, BAKANLARIN DURUMU

Prof. Dr. Sait GÜRAN\*

Sayın Başkan, sayın dinleyiciler;

Başlıktaki konuyu işlemeden önce, biri bu oturumun konuş-macısı ile yorumcusuna, diğeri konunun özelliğine, sonuncusu da tüm Anayasaların kaderine ilişkin üç ayrı noktaya değin-mek istiyorum.

Sunduğum bildiri, Sayın Durarı çapındaki ve titizliğindeki bir Kamu Hukukçusu tarafından yorumlanacak. Sayın Duran'-ın yorumlayacağını bilerek bildiri hazırlamanın zorluğu ile ken-disi tarafından yorumlanmanın şerefine ilaveten, Sayın Duran, hepsinden önemlisi yirmi beş yıldır Hocam ve rahle-i tedrisinde feyz alıyorum, çıraklık ve kalfalık yapıyorum. Bu itibarla, ya-şım, başım, bilgi birikimim ne olursa olsun, Hocam ve Ustamız Duran'ın yorumcusu bulunduğu bir bildirin sahibi olmanın güçlüğü ile mutluluğunu, burada dile getirerek sözlerime baş-lamaktan kıvanç duyuyorum.

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

---

\* İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

Anayasaların kaderine ilişkin şekilde tanımladığım üçün-cü ve son nokta ile, Sempozyuma katılanların bilgisine ve dik-katine « Anayasaların, hukuka bağlı Devletin önemsendiği her ülkede, her zaman, her çevrede, her düzeyde, üzerinde en çok konuşulan, en çok yazılan, sürekli tartışılan metinler olduğu olgusu » nu sunmak istiyorum. Örneğin, bir kaç yıl sonra iki yüz yaşını dolduracak olan ABD Federal Anayasası, hakkında on binlerce kitap, yüzbinlerce makale yazılan, binlerce mahkeme kararıyla işlenen, fikirlerin çarpışma alanı olan, beyazıyla zen-cisiyle, yoksulluyla, varlıklılarıyla, küçük .esnafı tüketicisi ve dev kartelleriyle, aşırı ırkçısıyla, komünist partisi üyesiyle, ka-dınıyla, erkeğiyle, yurtdaşı yabancıyla, suçlusuyla, din ada-mıyla, tutucusuyla ilericiyle, yediden yetmiş «herkes» tara-fından; barışta, savaşta, dünya ekonomik bunalımı veya refah günlerinde « her zaman », Parlamento'da. basında, Yönetim'de. Yargı'da, akademik çalışmalarda, toplantı ve gösteri yürüyüş-lerinde, baskı ve menfaat grubu faaliyetlerinde, kısaca, yeri gel-diğinde « her yerde »; Cumhurbaşkanının suçlanmasından, rek-lamların ifade hürriyetinin kapsamına girip girmediğini, kürtaj-dan kamulaştırmaya, özel hayatın gizliliğinden, okullarda sabah duasına, müstehcenlikten vergi salmaya kadar « her konuda »... tartışılan, üzerinde konuşulan metin olmuştur. Çok yönlü bu irdelerne olayı, 1787 doğumlu Federal Anayasayı. zedelememiş, yıpratmamış, kendi deyişyle « Ülke'nin en yüksek yasasına saygınlığı azaltmamış, aksine, sürekli biçimde işlenmesini sağlamış, yenilemiş, aynı kelimelerin yıllar sonra, yeni koşullar karşısında, belli bir süreçten geçerek ve yeni anlamlar alarak ve işlerliğin-den bir şey kaybetmeden yaşamasını sağlamıştır.

Bu itibarla 1982 Anayasasının. bu sempozyumla görüşme-ye açılması; bunun Anayasayı yorumlayarak, « Yasa Yürüt-me ve Yargı organları ile İdare'yi ve herkesi bağlayan » Ülkenin en üstün hukuk kuralının anlamını belirlemek bakımılan « son sözü söyleme » yetkisiyle donatılmış bulun Anayasa Mahke-mesi tarafından başlatılması ve Anayasa Mahkemesi'nde ya-pılması, Türk Anayasa Hukuku ve Anayasal gelişme süreci açı-sından, isabetli ve son derecede önemli bir adım teşkil etmek-tedir.

## **TERMINOLOJİ SORUNU**

« Kamu görevlileri » teriminin, anlam ve kapsamını, Anaya-sanın 128. ve 129'ncü maddeleri yönünden araştırır ve bu çer-çeve içinde bakanların durumunu belirlerken, önce 1982 Anaya-sasının birlikte getirdiği ve inceleyeceğimiz konu bakımından ayrıca önem taşıyan bir sorunu ortaya koymak gerekiyor. Bu da « terminoloji sorunu » olarak tanımladığımız husustu ve Anaya-sada, bir takım kelimelerin, kavramların, ifade ve ibarelerin, be-lirsizlik ve kapalıktan uzak; kolay anlaşılır, hatta, lüzumunda fevkalade somut - öznel olması gerekirken, yer yer tartışmayı aşırp karışıklığa yol açacak biçimlerde, tertiplerde kullanılması-dır. Tabii ki, her hukuki metinde olduğu gibi, Anayasalarda da, titizlikle seçilen, isabetle yerleştirilen sözcüklerin de farklı yo-rumları, değişik okuyuşları yapılmaktaysa da, burada kastettiğimiz ve sorun saydığımız, bundan tamamen ayrı bir olaydır. Bu nedenle, bildiriye, işleyeceğimiz konunun özünü de etkileyen ter-minoloji alanındaki durumu sergileyerek bunun akla getirdiği sorularla başlıyoruz.

Birinci grupta, Anayasanın 33, 121, 137 ve 71'nci maddele-rini topluyoruz. Anayasanın, dernek kurma hürriyetini düzen-leyen 33'ncü maddesinde - fıkra 7 - kullandığı ve olağanüstü hallere ilişkin 121'nci maddesinde tekrarladığı « kamu hizmeti görevlileri »ne demektir, bu ifadenin tanımı nedir; kimleri kap-samaktadır?

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

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

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

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

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

## KONUNUN İŞLENMESİ

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

---

<sup>1</sup> Bu vesileyle, bir başka terminolojik olay da, kamu kurum ve kuruluşları ibaresidir. Bu sözcüklerin anlamını belirlemeye çalışırken, 135'nci maddenin 2'nci fıkrasına, ayrıca, « kamu iktisadî teşebbüsleri » de eklenince, her üçünün anlamı da karışmaya başlamaktadır. KİT'leri, kamu kurum ve kuruluşu değilse, nedir? Bunlar birbirinden nasıl ayrılmaktadır?

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

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

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

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

Bilindiği gibi, « Bakan, tek başına, kendi görev alanında Dev-let tüzel kişiliğinin organıdır. Bu sıfatla Bakanlığın yegane yet-kili ve sorumlusudur... Bakanlığın bütün işlemlerini bakanın bizzat yapması mümkün olmadığından, bazı konulara ilişkin yetkilerini, sorumluluk kendi üzerinde kalmak üzere, emrinde çalışan yüksek memurlara kullandırması zorunluğudur. An-cak, bakan, yetki devri ve imza yetkisi verme yolu ile görev yü-künü hafifletebilirse de; bu suretle yetkinin tümünü memurlara bırakarak » maz.<sup>2</sup> Ayrıca, « Bakan, kendi görev alanında ve per-soneli üzerinde en yüksek ve en son hiyerarşik amirdir. Baka-nın hiyerarşik yetkileri... Devletin taşra teşkilatındaki kendi iş-ler ve memurları üzerinde de geçerlidir. »<sup>3</sup>

Bakanın taşradaki astları vali ve kaymakamla, kanunların doğrudan doğruya yetkili kıldığı haller dışında, « bakan yetki vermedikçe, doğrudan doğruya hiç bir işlem yapamaz »,<sup>4</sup> du-rumdaki müsteşar, 128 ve 129'ncü maddelerdeki memur ve di-ğer kamu görevlisi olduğundan, haliyle idareleri dava edilirken; tüm kamu gücünün asıl verildiği, Devletin organı Bakan ise, di-

---

<sup>2</sup> Lütfi DURAN: İdare Hukuku Ders Notları, 87, (İÜHF. Yayını, 1982).

<sup>3</sup> İD, 88.

<sup>4</sup> İD, 90.

ğer kamu görevlisi sayılmadığı takdirde, yargı yerlerine doğru-dan doğruya şahsına karşı başvurulacaktır.

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

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

## YORUM YÖNTEMİ VE BELİRLEMELER

Şu ana kadar yazdıklarımızın işaret ettiği gibi, bildiri ko-nusu üzerinde çalışırken, Anayasanın dili, bizi, metinci yorum yerine, kesinlikle « fonksiyonel - amaçsal » yorum yöntemini iz-lemeğe, sözcüklere, Kamu Hukuku sistemimizin ve müesseselerinin ışık tuttuğu «işler -manalar » vermeye yönelmektedir. Ay-nca, bu nedenle, aynı kelime ve kavramları bile, farklı içerikli maddelerde, değişik anlam ve kapsam içinde okumak gerekebi-lecektir.

Konuya bu şekilde. yaklaşınca,<sup>5</sup> aşağıdaki belirlemelerin yapılabileceğini düşünüyoruz:

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

---

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

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

İkincisi, 129/5 açısından mütalaa ederken, Bakanların, bu hükme ilişkin yanlarının dikkate alınacağıdır. Bakanların, « İda-ri » kimlikleri ve kendi hizmet teşkilatının asıl yetkisi olmaları nedeniyle, herhalde, astları memurları ile aynı hukuki durum-da bulunmaları, bir taraftan önceki sayfalardaki açıklamaları-mızın, diğer taraftan, anılan fıkranın amacının, işlevinin buyru-ğudur. Bu itibarla, 129/5'deki diğer kamu görevlileri kavramı, Bakanları da kapsamakta ve Anayasa, anılan tazminat davala-rının, Bakan yerine, Bakanlık aleyhine açılmasını öngörmekte-dir.<sup>6</sup>

Üçüncüsü, 128'nci maddedeki diğer kamu görevlilerinin, memurlara ilaveten kimlerden oluşacağı hususudur. Her ne ka-dar, madde gerekçesinde, memuru tanımlamaktan kaçınıldığı be-lirtilmekte ise de, birinci fıkradaki satırlar, zaten memurun ka-bul görmüş tanımı olmaktadır. Ayrıca, buradaki görevler, hem genel idare, yani «kamusal yönetim » usullerine göre yürütülen, hem de asli ve sürekli nitelikte olduğundan ve tanım gereği ön-celikle ve kaideten memurlar tarafından yerine getirildiğinden, « diğer kamu görevlileri » kavramının içeriğinin de bu çerçeve içinde belirlenmesi gerekir. Buna göre, 128/1'deki diğer kamu görevlileri, ancak, idare ile «kamu hukuku» ilişkisi bulunan ve hizmetin « aslî elemanı » sayılabilecek bir görevde çalışanlar ola-bilir.

Dördüncüsü, 129'ncü maddenin tazminat davasına ilişkin 5'nci fıkrasındaki diğer kamu görevlilerinden muradın, « yetkile-rini kullanırken » ibaresini, « görevlerini yerine getirirken » şek-linde okuduktan ve bu hükmün amacını, zarar gören vatanda-şın menfaatini » de korumaktır şeklinde anladıktan sonra - Ana-yasanın II. Bölümünün (D) başlığındaki ifadeyle - kamu hizme-

---

<sup>6</sup> Tabii, bu halde, Bakana rücu meselesinin de, amir Bakanın, kusurlu kamu görevlisi olarak kendine rücu nedeniyle, maddede sözü edilen kanunla düzenlenip çözümlenmesi gerekir.

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

Beşinci, 129'ncu maddenin son fıkrası uygulaması bakımın-dan, bu hükmü, gene amaç ve işlevinden hareketle, 128/1'e ait açıklamalarla irtibatlandırıyoruz. Bu suretle, önce madde met-nini, 148'nci maddeden yararlanarak, « görevleriyle ilgili suçlar-dan ötürü » şeklinde düzeltiyor; ardından, izin güvencesinin, an-cak, memurlarla 128/1'de tanımladığımız diğer kamu görevlile-rini kapsadığını ekliyoruz.

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

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

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