

KAMU YÖNETİMİ YASA TASARISI'NIN HUKUKSAL BOYUTU*

İsmail ERCAN**

I. GİRİŞ

Bilişim çağı, dönüşüm çağı, neo liberalizm çağı olarak da anılan 2000'li yıllar her alanda olduğu gibi hukuk alanına da değişim ve dönüşümlere kucak açmaktadır. Özellikle İdare Hukuku alanında bu değişimim ve dönüşümün kalıcı izlerine rastlamak mümkündür. Zira, önceleri *"tek egemen, buyurucu, üstün otorite önadlarıyla/sıfatlarıyla anar olduğumuz bu hukuk dalının aktörleri; kamu gücü kullanma ve tek yanlı işlemlerle karşısındakinin hukukunu belirleme/etkileme gibi ayrıcalıklarından ya vazgeçmekte ya da özel kesime doğru kısmi bir aktarım yapmak zorunda kalmaktadır"*. Sözgelimi, önceleri kamu yararı amacı taşımak ön koşuluyla malikin rızasını aramadan kamulaştırma yapan kamu makamları artık *"öncelikle malikle anlaşma yolunu"* denemek zorunda kalmaktadır. Eğer bu yol sonuç vermezse o zaman mahkeme kararıyla istediği hukuksal sonucu (gereksinim duyulan taşınmazı) elde edebilmektedir. Ya da önceleri kamu hizmetinin görülmesine ilişkin sözleşmeler idari sözleşme sayılırken ve idareye özel hukuk sözleşmelerinde görülemeyecek üstünlükler ve ayrıcalıklar tanınırken (Örneğin; Sözleşme koşullarında tek yanlı değişiklik yapma gibi) 1999 Anayasa değişikliğiyle *"idare artık özel hukuk sözleşmeleriyle de kamu hizmeti gördürebilecektir"*.¹ Bunun

* Bu yazı Mayıs 2004 döneminde hazırlanmış ve Türkiye Barolar Birliği'ne gönderilmiştir.

** İstanbul Adli Yargı Hakim adayı.

¹ Günday, Metin, *Uluslararası Tahkim Alanında Türkiye'de Gerçekleştirilen Yasal Düzenlemeler* (Tebliğ) Ankara; Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, s. 325, 326; Bu konuda ayrıca bkz., *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti* (Ed: Ali Ulusoy), Liberte Yayınevi, 2001.

hukuksal sonucu ise, “idarenin kamu yararı gerektirse bile, eskiden olduğu gibi tek yanlı değişiklikler yapamayacağıdır” Bir başka örnek de kamu çalışanları alanından verilebilir. Kamu hizmetlerinin gördürülmesinde ana (asli) ve sürekli görevler, memur statüsündeki kişilerin tekelindeyken; zamanla bu görevler kadro karşılığında çalışan sözleşmeli personele, son zamanlarda ise “geçici statüde, kadrosuz, dönemlik çalışan” kimselere gördürülmektedir. Sözgelimi, okul koruma derneklerince² ya da ilçe milli eğitim müdürlüklerince yapılan görevlendirmelerle öğretmen çalıştırılması yoluna gidilmektedir.³ Bu durum kamu hizmetiyle ilgili bir çok ilkenin değişmesi ya da en azından dönüşüme uğraması demektir. İdare hukuku alanındaki en belirgin dönüşüm hiç kuşku yok ki kamu yönetiminin örgütlenmesi, çalışanlarını statüsü alanında yaşanmaktadır. Bu çalışmanın konusu da genel olarak bu eksen üzerine oturmaktadır. Daha önce bir çok hükümet tarafından dile getirilmesine rağmen 59. Hükümet tarafından Meclis’e sunulan “Kamu Yönetimi Temel Yasa” Tasarısı mevcut yapıya göre bir çok değişim öngörmektedir. Bazısı köktenci (radikal) değişimleri içeren “yasa taslağı incelendiğinde mevcut sistemin siyasal, toplumsal ve hukuksal yönde olumlu ya da olumsuz değişimlere gebe olduğu söylenebilir.”

Biz Tasarı’yı hukuksal yönden inceleyeceğiz ve onun “yasa yapma tekniği, yönetim örgütü (idare teşkilatı) ve kamu çalışanları” yönünden getirdiklerini ve “Türkiye koşullarında olabilirliğini” tartışacağız. Bunun yaparken de “Tasarı’nın ilk biçimini (halini)” esas alacağız. Dolayısıyla Tasarı’da sonradan yapılan değişiklikler yazımızda değerlendirme dışı bırakılmıştır.

II. HUKUKSAL BOYUT

A. Tasarı ve Yasa Yapma Tekniği

1. Tasarı Türk kamu hukukuna yeni bir yasa tipi getirmektedir: Temel Yasa ya da Çerçeve Yasa: Türk hukukunda, kurallar sıradüzeninde (normlar hiyerarşisinde) temel yasa – temel olmayan (=adi) yasa ayrımı yapılmamaktadır. Zira, “kural olarak bütün yasalar aynı yön-

² Güler, Birgül A., *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel) - Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 217.

³ Bu biçimde çalıştırılan öğretmenlerin bir çoğu KPPS-Öğretmenlik sınavını kazanamayan ya da fen-edebiyat mezunu olduğu için ataması yapılmayan öğretmenlerdir.

temle hazırlanmakta ve hukuksal geçerliliklerini aynı kurulmuş iktidardan almaktadır".⁴ Bunun doğrudan hukuksal sonucu ise, hukuksal değerlerinin aynı olması; bir başka deyişle birinin diğerine uygunluğunun denetlenmesinin söz konusu olmamasıdır. Yani, bir yasa diğer yasaya uygun değil diye iptal edilmez. O ancak tepe norma, Yani, Anayasa'ya aykırı ise iptal edilebilir. Yasalar arasında ise öncelik-sonralık; genellik-özellik ilişkisi kurularak çatışma sorunları çözülebilir. Aslında, Türk hukukunda temel yasa adında başka yasalara rastlamak mümkündür (Örneğin; Milli Eğitim Temel Yasası gibi). Buna rağmen, öğretilerde bu biçimde adlandırmanın Anglo-sakson hukukuna özgü olduğu ve bunun da ancak federal devletlerde söz konusu olabileceği dile getirilerek bu düzenleme eleştirilmiştir.⁵

Kanımızca, bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira, bir yasa metninin başlığında temel, ana gibi nitelendirmelerin yer alması onu tek başına temel yasa yapmaya yetmez. "Bir yasanın öteki yasalardan üstün olması ya da en azından onların uymak zorunda olduğu bir belge olması için bunun anayasa tarafından öngörülmesi gerekir." Sözgelimi, uluslararası antlaşmalarda yer alacak "bu antlaşmanın anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez" ya da "yasalar bu antlaşmaya aykırı yorumlanamaz" biçimindeki bir kuralın hukuksal değer taşıyabilmesi için bu içerikte bir anayasa kuralının olması gerekir. Yani, Anayasa'nın "uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez" biçiminde bir kural içermesi gerekir. Yoksa aynı değerdeki iki kuraldan (normdan) birinin diğerini kendine bağımlı kılması söz konusu olamaz.

Peki bu ad değişikliğinin anlamı nedir?

Kanımızca, Tasarı'yla getirilmek istenen çerçeve yasanın düzenleme alanındaki öteki yasalar karşısında üstünlüğü anayasal bir değişiklik olmadığı sürece bir anlam ifade etmeyecektir. Yalnızca gerçekten çerçeve yasayı uygulamak isteyen iktidarlar için çıkartılacak öteki yasalar bakımından bir yol gösterici ya da plan olacaktır. Sözgelimi, çıkartılacak bir yerel yönetimler yasası eğer Kamu Yönetimi Yasası'na aykırı hüküm-

⁴ Ve ile başlayan ifade Gözler'den esinlenilerek yazılmıştır. Yazar "Temel Hak ve Hürriyetlerin Arasında Hiyerarşi var mı?" adındaki kutucukta böyle bir hiyerarşinin olmayacağını açıklamaya çalışırken benzer bir ifade kullanmaktadır. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 152.

⁵ Sözgelimi Prof. Dr. Ülkü Azrak, *Günışığı Dergisi*'nde çıkan bir yazısında böyle bir eleştiri yöneltmektedir.

ler içeriyorsa o zaman çerçeve yasanın bir anlam ifade edebilmesi için bu aykırı hükümlerin ayıklanabileceği bir düzeneğin (mekanizmanın) bulunması gerekir. Yoksa getirilecek yasal düzenlemelerde çerçeve yasaya uymak iktidarların istencine bırakılmış olur. O zaman da böyle bir değişikliğin anlamı kalır mı?

2. Tasarı, Anayasa’da öngörülmediği halde bakanlıklarla kamu tüzel kişilerinin düzenleme yetkisini kısıtlamaktadır: Bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, yönetmelik çıkarabilmesi için o alanın önceden yasayla düzenlenmesi yeterliyken,⁶ Tasarı bunu yeterli görmemekte ve ek bir koşul daha aramaktadır: “*Açıkça yetki verilmesi koşulu*”. Yani, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin yönetmelik çıkarabilmesi için yönetmelikle düzenleme yapacakları alanın yalnızca yasayla düzenlenmesi yetmeyecek; buna ek olarak çıkarılan yasa da “*yönetmelik çıkarabilmeleri konusunda açıkça kendilerine yetki verilmesi*” gerekecektir. Bir başka deyişle Anayasa’da yönetmelik çıkarılabilmesi için bunun yasa ya da tüzükte açıkça öngörülmüş olması koşulu aranmazken, Tasarı’yla ikinci bir koşul olarak aranmakta ve yönetmeliğin neden ögesi genişlemiş bulunmaktadır. Yasalar Anayasa’yla tanınmış bir yetkinin kullanılmasını engelleyemezler (güçleştiremezler). Tasarı’nın bu düzenlemesi Anayasa’ya aykırıdır. Burada not edilmesi gereken bir konu da, Anayasa’da yönetmelik çıkarabilecek kuruluşlar arasında yer alan Başbakanlığın, Tasarı’nın ilgili düzenlemesinde yer almamış olmasıdır. Yani, yönetmelik çıkarma yetkisi açısından kamu makamları arasında ayırım yapmıştır.

3. Tasarı’nın yazımı yerleşik yasa yapma tekniğine uymamaktadır: Yerleşik yasa yapma tekniğine kurallar temenni edici biçimde değil emir verici, yasaklayıcı, ya da izin verici (hak tanıyıcı) nitelikte olmalıdır⁷. Zira, hukukun var olma nedeni de toplumsal yaşama yönelik emir, yasak veya hak sağlama içerikli bir kuralla yönlendirmede bulunmaktır. Yoksa temenni de bulunmak değildir. Bu bir “*hukuk kuralıyla, hükümet programı*

⁶ Günday, *a.g.y.*, s. 105.

⁷ Ayrıca her yeni kurum ve kural ayrı bir madde ile düzenlenmelidir (ve numaralandırılmalıdır). Zira bu hem yasalarla getirilen emir ve yasakların net olarak anlaşılabilmesi açısından hem de hukuksal metinlerin yorumu yapılırken kullanılan her sözün bir değer taşıyacağının gözetilmesi nedeniyle önemlidir.

arasındaki ince farkı" da bize göstermektedir. Sözgelimi, hükümet programında "enflasyonu tek haneli rakamlara indireceğiz", "işsizliği önleyeceğiz", "kamu kurumları arasında verimliliği sağlayacağız" biçiminde sözler yer alabilir. Çünkü "hükümet programı seçmenlere yapılan vaatlerden oluşmaktadır ve bu vaatler hukuksal açıdan yurttaşlar için bağlayıcı değildir. Onlara emir ya da yasak getiremez." Yurttaşlar verilen sözlerin yerine getirilmesini yargı erki önünde isteyemez. Hükümetin ise yeniden seçilememe dışında bir sorumluluğuna yol açmaz. Çünkü hükümet programı temennilerden, hedeflerden oluşmaktadır. Hükümetçe "hukuk kuralı biçimine dönüştürülmeden bağlayıcılığı yoktur". Ne yazık ki Tasarı, bir hükümet programını andırır biçimde kaleme alınmıştır. Kamu Yönetimi Temel Yasa Tasarısı incelendiğinde 5. maddenin (i) bendinde şöyle bir ifade geçmektedir: "Kamu kurum ve kuruluşları, insan gücü ve maddi kaynaklarını etkili ve verimli şekilde kullanır, bu amaçla kendi aralarında işbirliği yapar". Şimdi bu bentten bir kural çıkarmak ve ona uymak mümkün değildir. Çünkü fıkra temennide bulunmaktadır. Kısaca "kaynakları verimli kullanın, işbirliği yapın" demektedir. Peki bunu yapmamanın bir yaptırımı var mı? Hayır. Bunu sağlamanın (Yani, temenniye yerine getirmenin) nesnel (objektif) hukuksal bir yöntemi var mı? Hayır. O zaman hukuk düzeni için değeri olmayan bu bendin yasada yer alması bir değişiklik yaratacak mıdır? Tabi ki hayır. Kamu Yönetimi Temel Yasası incelendiğinde bu yasanın bir hukuk metninden çok niyetleri temennileri içeren bir mektubu andırdığı görülecektir. Bu biçimiyle de yorumlanması güç bir metin olarak kalacaktır.

B. Tasarı ve Kamu Yönetimi Örgütü

1. Yönetim örgütlenmemize yeni bir ad, yeni bir model gelmektedir: "Kamu Yönetimi": Aslında bilimsel yapıtlarda kamu yönetimi kavramı çok sık kullanılmakla; hatta bu adla kitaplar, dergiler yayınlanmakla⁸ birlikte, "kavramın hukuk literatürüne girmesi Tasarı'yla olmaktadır." Bu yalnızca bir ad değişikliği değil, aynı zamanda da bir sistem değişikliğini de beraberinde getirmektedir. Kamu kesiminde yeni bir anlayışın getirilmek istenmesi bunun en belirgin yansımasıdır. Sözgelimi, merkezden yönetim kuruluşlarındaki bir çok yetkinin yerel yönetimlere

⁸ Örneğin; Acar Örnek'in, Bilal Eryılmaz'ın *Kamu Yönetimi*; Şeref Gözübüyük'ün *Kamu Yönetimi ve Hukuku* adlarında ki kitapları; TODAİE'nin çıkarttığı sözlük (*Kamu Yönetimi Sözlüğü*) ve dergiler (*Amme İdaresi Dergisi*) bulunmaktadır.

verilmesi, bürokrasideki basamaklardan bazılarının kaldırılması, siyasal müsteşarlık biçiminde bakanlarla gelip giden bir istisnai memuriyet kadrosu oluşturulmak istenmesi, memuriyette kariyer ilkesinin yer yer dışlanması, kamu çalışanlarının ilerlemesinde “performans ölçütlerine” yer verilmesi bu yeni anlayışın yansımalarıdır.

Öğretide bu ad değişikliği eleştirilere uğramıştır. Örneğin; bu kapsamda Ayanoğlu’na göre⁹ “kamu yönetimi hukuksal bir kavram değil. Hele temel olan bir kanunun adının da kamu yönetimi olmaması lazım. Bu kanun idareyi düzenliyor. Dolayısıyla adının da idareye ilişkin bir anlam taşıması gerekir. Nitekim Anayasa’da kamu yönetimi diye bir kavram yoktur” diyerek Tasarı’yı eleştirmiştir.

Kanımızca, bu eleştiriye katılmak mümkün değildir. Zira, neyin hukuksal olup olmadığını belirleyen apaçık bir ölçüt bulunmamaktadır. Bir kavram hukuksal metinlere girdikten sonra onun “hukuksal” olmadığını ya da en azından hukuksal değer taşımadığını söylemek yanlıştır. Zira, hukuk yapıcılarının (yasa koyucu ve diğerleri) yasal düzenlemelere yerleştirdikleri her terim bir gereksinimin ifadesidir. Yasa, tüzük, yönetmelik gibi metinlerde yer alan her kavramın bir anlamı vardır. Ayrıca yönetim sözcüğü idare sözcüğünün Türkçe karşılığıdır. Bütün hukukçularda burada kastedilen idarenin kamu idareleri (dernek vakıf gibi özel idareler olmadığı) olduğu yönünde birleşmektedir. Tasarı’nın dil yönünden en (hatta tek) olumlu yanı “yönetim” sözcüğünü kullanmasıdır.

2. Yasa Tasarısı Türk Kamu Yönetiminde yerel düzeyde genel (asıl) yetkili makamı yerel yönetimler olarak öngörmektedir:¹⁰ Mevcut düzenlemelerimizde asıl yetkili makam merkezi yönetim olarak kabul edilmiştir. “Tasarı’da merkezi yönetimin yetkileri sayma yoluyla sınırlı olarak sayılmış (Tasarı m. 7, m. 8), yerel yönetimler ise yerel ortak gereksinimlere (mahalli müşterek ihtiyaçlara) ilişkin her türlü işleri (görevi) görmeye yetkili kılınmıştır.” Bir başka deyişle “yöresel gereksinimlerde yerel yönetimler genel

⁹ Ayanoğlu, Taner, *Kamu Yönetiminin Merkez ve Taşra Örgütlenmesi Sorunları ve Çözüm Önerileri (Bildiri)*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2003.

¹⁰ Benzer yönde, Karahanoğulları, Onur, *Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısındaki Anayasaya Aykırılıklar* (<http://politics.ankara.edu.tr/~karahan/makaleler/KYTKdegerlendirme.pdf>) s. 6.

yetkili makam durumuna gelmiştir” (Tasarı m. 8). Ayrıca, merkezi yönetimin taşra örgütünün büyük bir kısmı araç, gereç, mal ve haklarıyla birlikte yerel yönetimlere devredilmiştir. Tasarı bununla da yetinmeyerek, “merkezi yönetime yerel yönetimlerin sorumluluk alanına giren görev ve hizmetler için yerel düzeyde örgütlenme, ihale ve harcama yapma yasağı getirmiştir” (Tasarı m. 9/2). Yerel yönetimlerin yetki alanının genişletilmesi yerinde olmakla birlikte bunun yalnız yerel ortak gereksinimlerle sınırlı olması kaçınılmazdır. Tasarı’nın en çetrefil, çözümü belki de en güç sorunları bu alanlarda yaşanabilir. Çünkü Tasarı yalnızca yerel ortak gereksinimlere ilişkin görev ve yetkileri değil; aynı zamanda ulusal düzeyde çözülmesi gereken bazı görev ve yetkileri de yerel yönetimlere vermektedir. Bu uygulama büyük sorunlara yol açabilir. Sözgelimi, kamu görevlilerinin özlük hakları özellikle de nakilleri (yer değiştirme biçimindeki) yerel yönetimlere geçince büyük sorunlar doğacaktır. Çünkü bu gibi işleri ulusal düzeyde örgütleyecek yansız bir örgüt bulunmayacak ve yer değiştirme yerel yöneticilerin inisiyatifine bırakılacaktır. Böylece kamu görevlileri buldukları yerlerde zorunlu olarak kalmaya (ikamete) mahkum bırakılacaktır. Yani, eğer Tasarı’da bir değişiklik yapılmazsa memuriyete Muğla’da devlet hastanesinde doktor olarak başlayan bir kimse, sözgelimi Bursa’ya atanması için öncelikle Muğla’da kendisine bir gereksinim olmayacak, Yani, aynı nitelikteki doktorlardan yetecek kadar bulunacak, sonra da kendi yöneticilerinin olurlarını alacak, gideceği yerde uygun bir kadro bulunacak ve bunlarda yetmezmiş gibi ayrıca Bursa’daki yerel yöneticilerin de bu atamayı uygun bulması gerekecektir. Böylece sözü edilen memur Muğla’da çakılı kalacak istediği yere kadrosunu alamayacaktır. Zira, memurun gideceği yerde ya hiçbir zaman boş kadro bulunmayacak, bulunsa bile yerel yönetimlerce boş olan kadro doldurulacak ya da memura bulunduğu yerde gereksinim hiç bitmeyecektir. Yapılması gereken ise ulusal düzeyde çözülmesi gereken konuların yerel yönetimlere bırakılmamasıdır. Örneğimize dönecek olursak sorunun çözümü; memurların özlük hakları ve özellikle atanmaları konusunda nesnel kurallar çerçevesinde çalışacak merkezi-yansız bir makam oluşturulmasıyla sağlanabilir Bugünkü yapısıyla Devlet Personel Başkanlığı bu işlevi yerine getirebilecek bir kurum değildir. Zira, Başbakanlığa bağlı bir kuruluş olduğu için siyasal etkilerden arındırılmış değildir.

Tasarı’nın merkezi yönetim-yerel yönetim kurgusunda getirdiği en ilginç düzenlemelerden birisi de *“yerel yönetimlerin görev, yetki ve sorumluluk alanlarına giren konularda çıkarılacak tüzük, yönetmelik vb. düzen-*

lemelerde, yerel yönetimlerin yetkilerini kısıtlayıcı, yerel hizmetleri zayıflatıcı ve yerinden yönetim ilkesine aykırı hükümler konulamaz" hükmüdür (Tasarı m. 9/2). Aslında bu hüküm gereksizdir. Zira, Yasa Tasarısı'nda açıkça yazılmasaydı dahi kamusal makamlardan hiçbiri bir diğ erinin yetkisini kısıtlayacak işlem ve eylemlerde bulunamaz. Çünkü "kamu (idare) hukukunda yetkiler verilmiş yetkililerdir: Yetkisizlik asıldır. Yetkiler anayasa ve yasadan kaynaklanır."¹¹ Bu nedenle şu anki yasal düzenlemelerde bile tüzük veya yönetmelikle yerel yönetimlere verilmiş yetkileri daraltılamaz. Yasal yönetim/kanuni idare ilkesi gereğince kamu makamları yasal dayanak olmadan bu tür düzenleme zaten yapamaz. Ayrıca tüzüğe yasaya aykırı hükümler konulamacağı da anayasal bir kuraldır.

3. Tasarıyla hizmet yerinden yönetim kuruluşları, mevcut yapıları göz ardı edilerek merkezi yönetim kuruluşu olarak düzenlenmektedir:¹² Temel çatı merkezi yönetim - yerel yönetim olarak öngörüldüğü için aslında yerinden yönetim ilkesinin bir uzantısı olan "kamu kurumları mevcut yapıdaki kamu tüzelkişiliği olma özellikleri yok sayılarak merkezi yönetim kuruluşu olarak düzenlenmişlerdir."¹³ Bu vahim bir yanıştır.¹⁴ Zira, "merkezi yönetim kuruluşlarının kamu tüzel kişiliği yoktur". Oysa ki biraz önce de belirttiğimiz gibi, kamu kurumlarının (=hizmet yerinden yönetim kuruluşları) kamu tüzelkişiliği vardır. Hatta bazılarının ki anayasa güvencesi altındadır. Tasarı bu haliyle çıkarsa Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı açıktır. "Tasarı, bir yandan kamu kurumlarının kamu tüzelkişiliğini olduğunu; Yani, onların bağımsız bir hukuk öznesi (kişisi) olduğunu kabul ederken; öte yandan onları, tek bir tüzelkişiliğin söz konusu olabileceği devlet tüzelkişiliği içinde düşünmesi açık bir çelişkidir."

"Bağımsız idari otoriteler"¹⁵ olarak da anılan ilişkili kuruluşlar (düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları)¹⁶ Tasarıyla merkezi yönetim

¹¹ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, İnceleme Kitabı*, Ekin Kitabevi, Bursa Cilt 1, s. 636.

¹² Ulusoy, Ali: *Kamusal Görev-Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi*, Kamu Yönetimi (panel), TBB Yayını, Ankara, 2003, s. 64.

¹³ Ulusoy da bu nedenle Tasarı'nın çatısının bozuk olduğu görüşündedir. *A.g.m.*, s. 65.

¹⁴ Gülan, Aydın, "KYTK Tasarısı ya da Düzeltmeye Çalışırken Bozmak", *Güncel Hukuk*, S. 3, Mart 2004. Gülan, bunu teknik bir yanlış olarak nitilememektedir.

¹⁵ Bu konuda bkz., Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan kitabevi, Ankara, 2003; Akıncı, Müslüm, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, Beta yayınevi, 1999.

¹⁶ Bazı yazarlar BİO'ları kamu kurumu olarak gördükleri için onların bu niteliklerini belirlemek için böyle bir adlandırma yapmaktadırlar. Bkz., Gözler, Kemal, *İdare Hukuku, İnceleme Kitabı*, C. 1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 486 vd.; Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 235 vd.

şemsiyesi altına alınmıştır. Böylelikle “anayasal güvenceden yoksun olan bu kurumların, Türk idari örgütlenmesindeki yeri de yapılan tartışmaların tam tersi yönünde bir konumda olmuştur.” Bu kurumların hizmet yerinden yönetim kurumu mu, yoksa üçüncü bir tür yerinden yönetim tüzel kişisi mi olduğu tartışılırken¹⁷; Tasarı’nın bunları merkezi yönetime dahil sayması Kanımızca, yerinde olmamıştır. Zira, “bu tür kuruluşların var oluş gerekçesi olan merkezi yönetimin ve özellikle de siyasetçilerin baskılarından uzakta temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili, özel önem taşıyan, duyarlı kesimlerde (sektörlerde) düzenleme ve denetleme yapmak işlevi, bir anda yok sayılmaktadır.” Yani, yapılan olumlu düzenlemeler bir anda silinmekte ve eski, yakınılan duruma geri dönülmektedir. Oysa ki yapılması gereken bu kurumları Anayasa güvencesi altına alarak, işlevlerini sağlıklı bir biçimde yerine getirmelerine ortam hazırlamak ve siyasi baskılardan bir nebze olsun arındırmak olmalıydı.

4. Cumhuriyet’in kurulmasından beri hemen hemen bütün hükümetlerin ilk zamanlarda olumsuz baktığı, sonradan ise kökleşen vaatleri arasında yer verdiği “Yerelleşme”, Yani, sorunların kaynağında (yerinde) çözülmesi anlayışı ilk kez Tasarı’yla Türk hukukuna girmektedir: Tasarı’nın 5. maddesinin (e) bendi bu konuda ilkeyi koymaktadır: “görev yetki ve sorumluluklar, hizmetten yararlananlara en uygun ve en yakın birime verilir”.

Yerelleşmenin ortaya çıkışı 1990’ların başına, Avrupa Birliği’ni yaratan Maastricht Anlaşması’na denk düşmektedir.¹⁸ Bu kavram hem olumlu hem de olumsuz öğeleri bir arada barındırmaktadır. Güler’e göre bu ilke AB örgütlenmesini federal bir devlet yapısına dönüştürme sürecinde uygulanacak siyasi nitelikli bir yönetim ilkesidir.¹⁹ Avrupa Konseyi’nin Avrupa Bölgesel ve Yerel Yönetimler Kongresi, Türkiye’den 1996 yılında idari vesayet ilkesini kaldırmasını, yerine yerellik ilkesini getirmesini istemiştir. Ayrıca Kongre’nin bu yönde öneri (tavsiye) kararları da vardır.²⁰ Tasarı’da idarenin bütünlüğü ilkesinden söz edildiğine göre idari vesayet yetkisinin ortadan kaldırılması söz

¹⁷ Bu tartışmalar için bkz., Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, s. 509-510; Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 87 vd.

¹⁸ Güler, Birgül A., *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel) - Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 197.

¹⁹ Güler, a.g.m., s. 197, 198.

²⁰ Güler, a.g.m., s. 198.

konusu olmamalıdır. Zira, idari vesayet idarenin bütünlüğünü sağlayan en önemli hukuksal araçlardan biridir. Ayrıca idari vesayet yetkisinin kaldırılması yerel yönetimlerde büyük keyfiliklere ve yolsuzluklara da kucak açacaktır. Şöyle ki seçmene şirin gözükme ve yine seçilebilmek için yerel yöneticiler başta imar ve yeşil alan konuları olmak üzere bir çok alanda kamu yararını zedeleyecek işlem ve eylemlere girişebilirler. Oysa ki mesleki güvencelerle donatılmış (merkezi yönetime bağlı) kamu görevlilerince yapılacak etkili denetimlerle bu sorun kısmen de olsa aşılabilir. Zira, kamu görevlilerinin yansız olma yükümlülüğü seçmenle aralarında bir bağ olmasını engeller.

Kanımızca, yapılması gereken, *“idari vesayet yetkisine yeni bir anlam vermek”* ve bu günkü işlemeyen sistemi çözecek araçlarla donatmaktır. Çözüm önerimiz şudur: Yerel yönetimlerin bir çok işlemi yapılmakla uygulanabilir duruma gelmeli (izin ya da onama gerekmeksizin), eğer hukuka aykırılık savı ileri sürülüyorsa kamusal makamlar tarafından *“ilgi bulunması ya da menfaat ihlali”* koşulu aranmadan açılan davalar dinlenmeli;²¹ gerekiyorsa yargısal önlemler alınmalıdır. Yani, *“vesayet yetkisi bir çok konu da yalnızca dava yoluyla”* kullanılabilmelidir. Bugünkü durumda bu yetki çok geniş bir kapsamla yerel yönetimleri kuşatmıştır. Sözgelimi, belediye kadroları vesayet denetimine takılmaktadır. Oysa ki belediyeler kayırmacılığı önleyecek nesnel sınavlarla kendi çalışanını (personelini) kendisi seçebilmelidir. Ayrıca mevcut siyasal iktidara yakın olmayan belediyelere sık sık gerekli gereksiz denetimler yapılmakta ve yürütme organları mahkemelik olmaktadır. İdari vesayet yetkisi yerel yönetimlerin özerkliğinin bir kuraldışlılığını (istisnasını) ifade ettiğine göre kapsamının dar tutulması ve sınırının net çizilmesi gerekir. Aslında yerel yönetimleri hükümetin gazabından korumak için ya denetimleri bağımsız bir kuruma yaptırmak (yerel yönetimlere ilişkin kurulacak bir bağımsız idari otorite gibi) ya da siyasal iktidar karşısında güvencesi olan uzman kamu görevlilerine yaptırmak en iyi çözüm olacaktır. Yoksa yargılanma endişesi taşıyan bir yürütme organı (örneğin başkan) yetkilerini kullanmayabilir, ya da istenen (zorlanan) yönde kullanabilir.

C. TASARI VE KAMU ÇALIŞANLARI

1. Tasarı, kamu çalışanlarının hukuksal düzenini bir yandan yeni istihdam biçimleri öngörerek genişletmekte; öte yandan mevcut istihdam biçimlerinden bazılarını kaldırarak daraltmaktadır: Tasarı'ya göre kamu hizmetleri aşağıda yer alan çalışanlar (personel) aracılığıyla görülecektir.

- Kamu görevlileri:
- memurlar
- diğer kamu görevlileri (tam veya kısmi zamanlı)
- İşçiler.

Tasarı'nın getirdiklerini incelemeyen önce mevcut yapıda kamu çalışanlarının hukuksal düzeniyle ilgili bazı bilgileri anımsatmak gerekmektedir. Kamu çalışanları, kamu kesiminde unvanı ve görevine bakılmaksızın kamu hukuku ya da özel hukuk bağıyla bir hizmet sunumunda bulunan gerçek kişilerdir.²² Kamu görevlileri ise, kamu kesiminde kamu erkini kullanan ve tek yanlı statüye bağlı kılınan ya da yasa koyucu tarafından bu kapsamda sayılan²³ ve temel özlük hakları kamu hukuku kurallarıyla (yasalarla) düzenlenen kamu çalışanlarıdır. Yani, kamu çalışanlarının yalnızca bir kesimini oluşturmaktadırlar. Kamu görevlileri memurlar ve diğer kamu görevlilerinden oluşur.

Memurlar kamu kesiminde sürekli bir işe, kadro karşılığında, tam zamanlı olarak atanan; idari hiyerarşiye bağlı, aylık almak suretiyle çalışan ve mesleki güvencesi olan kamu görevlileridir.

Memurluk bakımından sistem "*kapalı sistem*"dir; memurluğa en alt kadrodan girilir, atama yapılacak kadro için eğitim koşulu yerine

²¹ Ulusoy, *Bağımsız İdari Otoriteler* adlı yapıtında, BİO'ların ortaya çıkmasıyla idarenin bütünlüğünün nasıl sağlanacağına çözüm olarak ilgi (menfaat) koşulu aramadan merkezi yönetimin idari dava açabilmesi önerisini getirmiştir. Bizim idari vesayetle ilgili görüşümüzün temelinde de Ulusoy'un bu görüşü yatmaktadır (Ulusoy, *a.g.y.*, s. 38).

²² Örneğin kamuda çalışan cumhurbaşkanı, başbakan, milletvekilleri, işçiler, memurlar kamu çalışanları kümesinde yer alır. Yani kamu çalışanları kamu görevlileri ve kamuda çalışanlar diğer kişileri içine alan üst bir kavramdır.

²³ Yardımcı hizmetler din hizmetleri sınıfında yer alan memurların tamamı; genel idare hizmetleri sınıfında yer alan memurların ise bir kısmı kamu erkini kullanmadığı halde yasa koyucu tarafından memur ve dolayısıyla kamu görevlisi sayılmıştır. Bu yanlış bir siyasal ve hukuksal tercihin sonucudur.

getirilmelidir, yükselme esasları ve aylık önceden bellidir, aylık kişi ve performansın değil kadroda bulunmanın karşılığıdır, iş güvencesi süreklidir, özel kesim çalışması hizmet süresi üzerinde etki yaratmaz, hak ve yükümlülükler yasa ile belirlenmiştir.²⁴

Memurların, diğer kamu görevlilerinden farkı, idari hiyerarşiye bağlı olmalarında ve güvencelerinin farklı olmasında görülmektedir.²⁵ Diğer kamu görevlileri kümesinde yer alan yargıçlar, hiyerarşiyle bağlı değilken (bağımsızken) memur güvencesinden önemli farkları olan “yargıç güvencesine” sahiptir. Savcılar “adli hiyerarşi” denebilecek farklı bir düzenlemeyle bağlıyken aynı zamanda yargıç güvencesine de sahiptirler. Askerler, “askeri hiyerarşiyle” bağlıdır. Üniversite öğretim üyeleri üzerinde teknik anlamda bir idari hiyerarşi yoktur. Seçilmiş kamu görevlileri ise kural olarak hiyerarşiyle bağlı değildir. Tasarıda memurların tanımı verilmemiş ve ayrıca kimlerden oluşacağı da sayılmamıştır. Doğal olarak bunların hazırlanmakta olan kamu çalışanları yasasında düzenlenmesi düşünülmektedir. Mevcut sistemimizde kamu hizmetlerinin sunulmasında kural olarak ana (asıl) görevler memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilmiştir. Buradaki diğer kamu görevlileri kamu hukuku kuralları uyarınca seçimle ya da atamayla göreve gelen ve kamu erkini kullanan gerçek kişilerdir. “Atamayla göreve gelen diğer kamu görevlilerinden kast”, en az memurlar kadar mesleki güvencelerle (yargıç güvencesi gibi) donatılmış, yönetime kamu hukuku bağıyla bağlı olan, kadrolu, sürekli (atanmış) istihdam biçimidir.²⁶ “Seçimle göreve gelen kamu görevlileri” ise seçildikleri dönem boyunca kamu erkini kullanan ve statüsü kamu hukuku kurallarınca düzenlenen kamu görevlileridir.²⁷ Tasarı ise bu sistemi adeta ters yüz ederek asıl istihdam biçimi olarak kadrosuz, geçici istihdam biçimlerini benimsemektedir: “Tam veya kısmi zamanlı sözleşmeliler, işçiler.” Bu da açıkça yazılmasa bile özellikle Tasarı’yı hazırlayanların basın açıklamalarında yer almaktadır. Ayrıca kadrosuz istihdamı özendirici hükümler sıklıkla yer almaktadır (Örneğin; Tasarı m. 46).

²⁴ Güler, Birgül Aymar, *Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 toplantısında sunulmuştur.

²⁵ Türk idare hukukunda memurlar ve diğer kamu görevlilerinin arasındaki farkları tutarlı bir biçimde açıklayan bir yapıt yoktur.

²⁶ Örneğin; yargıç, savcı, memurlar atamayla göreve gelen kamu görevlileridir.

²⁷ Örneğin; cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar, muhtarlar, seçimle göreve gelen kamu görevlileridir. Ancak öğretilerde bazı yazarlar bu kişileri belli bir süre kamu görevi gördüğü için kamu görevlisi olarak görmemektedir

Kanımızca, Tasarı'nın temel istihdam biçimi olarak memurlar yerine kadrosuz, geçici istihdamı öngörmesi yerinde olmamıştır. Çünkü *"kamuda yürütülecek görevlerin birçoğu sürekli nitelikte olup; işten çıkarılma korkusu olmayan ve 'yansızlık yükümlülüğüyle' çalışması gereken kimselerce görülmesi gereken görevlerdir"*. Geçici, kadrosuz istihdam biçimiyle görülebilecek görevlere kamu kesiminde zaten yer vermemek gerekmektedir. Başka bir deyişle *"yardımcı hizmetler ve benzeri hizmetlerin kamuyla istihdam bağı olan kimselerce görülmesi hizmetin zorunlu gereği değildir"*. İhale yoluyla da gördürülebilir. Sözgelimi, tapu sicillerinin tutulması hem asli, hem de sürekli bir kamu görevidir: Asli kamu görevidir; çünkü tapu sicillerinin tutulması nedeniyle kamu erki kullanılmaktadır. Yani, tapu sicil örgütünün kurulma nedeni ve ana görevi budur. Başka bir deyişle yurttaşların hukukuna etki edecek tek yanlı kamusal yetkiler kullanılmaktadır. Tapu sicil müdürlüklerinin varlık nedeni ve ana görevi de tapu sicillerinin düzenli tutulması, taşınmazların hukuksal yazgısıyla ilgili uyumsuzluk çıkmasının önlemek ve eğer uyumsuzluk çıkacak olursa da çözümünde kanıt oluşturmaktır. Sürekli bir kamu görevidir. Çünkü kendisine duyulan gereksinim geçici değildir. Yasa koyucu da sunulmasını belli bir süreyle sınırlandırmamıştır. Şimdi siz bu görevi yansızlık yükümlülüğüyle kamuya bağlı, güvenceli kamu görevlilerine vermelisiniz ki işten çıkarılma korkusu yaşamadan gerektiğinde üstlerine ve çıkar gruplarına karşı da görevini kayırmacılık olmadan yapabilsin. Ayrıca kamu görevleri uzmanlık ve aşinalık gerektiren görevlerdir. Eğer her gelen yöneticiyle çalışanların koltukları tehlikeye girerse onlar da işin gereğini yapmak yerine üstünü (amirini) hoş tutmanın gereğini yapmaya çalışabilir. Sözgelimi, öğretim üyeliği her türlü iş güvencesi kaygısından uzakta; ve her türlü bilimsel sonucun, düşüncenin özgürce savunulabileceği bir görev olmalıdır ki bilim adamı da kamu yararına hizmet edebilsin. Şimdi bir hukuk profesörünün verdiği hukuksal mütalaa, doktorun raporu, bir tarihçinin günışığına çıkardığı tarihsel gerçek üniversite yönetimi ya da siyasal iktidar tarafından benimsenmediği için engellenebiliyorsa ya da cezai kovuşturmayla uğruyorsa kamu da reform yapıldığından söz edilemez. Altı çizilmesi gereken bir konu da bu güvencelerin üreten, çalışan personele verilmesidir. Yoksa göreve gelmekten başka bir iş yapmayan görevlilere güvence sağlanması yarardan çok zarar getirir. Sözgelimi, derse girmekten başka bir etkinliği olmayan; makale, kitap yazmayan, çözüm üretmeyen, bilimsel katkı sunmayan bir profesöre iş güvenesi vermenin anlamı da yoktur.

“Bu gün kamu kesiminin sorunu istihdam fazlalığı değil; verimsiz çalışma düzenidir.” Kamuda görev tanımlamaları iyi yapılmamıştır. Gereksiz bir çok işte kamu görevlisi istihdam edilmektedir. Bürokrasi ve onun uzantısı kırtasiyecilik azaltılmadığı için kamu görevlileri hem çok çalışmakta, hem de verimsiz çalışmaktadır. Sunulan hizmetten yaralanalar memnun kalmamakta ve kamu kesimi için ciddi zarar kalemleri doğmaktadır. Eski bir deyişle *“ne alan memnun olmakta; ne de satan”*.

Konuyu daha iyi aktarabilmek için iki örnek vermek istiyoruz:

Örnek 1: Ülkemizde bazı kamu görevlileri hiç işe gelmeden aylık alırken, bazıları ise salt mühür basmak, çöpleri dökmek için kadrolu olarak istihdam edilmektedir. Sözgelimi, adliyelerde çalışan katiplerin bazıları salt devletten kaynaklanan nedenlerle tebligat yapılırken yüzlerce zarfın üstüne önce mühür basmakta, sonra gereksiz uzun yazıları yazmakta, zımbalama yapmakta liste hazırlamakta ve en sonunda da pul yapıştırmaktadır. Bu devleti yönetenlerin adliyeler gibi temel hizmetlerin sunulduğu yerlere teknolojiyi getirememesinin ve matbu formlar hazırlayarak çözeceği sorunları çözememesinin sonucudur. Yani, *“verimsiz çalışmanın sonucudur.”* Halk bunu bilmediği için suçu kamu görevlilerine yüklemektedir ve sonuçta her ikisi de zarar görmektedir.

Örnek 2: Devlet okullarında müdür yardımcılığı unvanlarında çalışan bir çok kadrolu kamu görevlisinin yaptığı iş öğrencilerin devam çizelgelerini düzenlemek, okula gelen telefonları yanıtlamak, öğrencilerin sınav sonuçlarını bilgisayara (eğer varsa!) girmek, eğer nöbetçiye güvenliği sağlamaktan ibarettir ve bunun için bir okulda birden çok müdür yardımcısı istihdam edilmektedir. Yani, ne yazık ki bu durum boş yere koltukta oturmaktan ibarettir. Burada yapılan işe yanlış görev tanımlamasıdır. Öğretmen sıfatını taşıyan bu kişilerin uzmanlık alanı eğitmek ve öğretmekten ibarettir. Sekreterlik, yöneticilik, güvenlik eğitimi almamışlardır. O zaman neden uzman görevliler kullanılmamaktadır. Sözgelimi, kamu yönetimi, uzman sekreter, güvenlikçi, işletme yönetimi uzmanlarından neden yararlanılmamaktadır. Profesyonel bir kişi birden çok amatörün yerini tutabilir. Görüldüğü gibi *“yanlış olan kamuda memur istihdamı değil; onların yanlış yerde istihdamıdır”*.

2. Tasarı kamu kesimine personel (çalışan) alımında ve görevde yükselmelerde yeterliliğe dayalı seçme sınavı ve liyakat ilkesinin (Tasarı m.7/1) uygulanacağından söz etmektedir: Sınav ve liyakat ilkesi²⁸ 657 sayılı Kanun'la da kabul edilmiş olmasına rağmen ne yazık ki bir çok zaman işletilemeyen çağcıl memur hukuku ilkeleridir. İşletilememesinin bir çok nedeni olmasına rağmen en önemli nedeni yazılı sınavlardan sonra söz konusu olan "sözlü sınav" uygulamasıdır. Çünkü yazılı sınavda çok başarılı olan adaylar -sözgelimi hakimlik sınavlarında birinci olan adaylar- gerekçe gösterilmeden başarısız sayılabilmektedir. Bu durum liyakat ilkesinin içi boş bir ilke olarak raflarda kalmasına neden olmaktadır.

Kanımızca, yazılı bir sınavı başaran adayın sözlü sınavda başarısız sayılması mümkün olamaz. Meğer ki yanlı ve nesnel olmayan bir jüri tarafından sözlü sınav yapılsın. Uygulamada genellikle yazılı sınavı açılan kadronun çok üzerinde kişi kazanmakta, dolayısıyla da sözlü sınavla da kazanan adaylar atanacak kadro sayısına indirilmektedir. Oysa ki ataması yapılacak kişi kadar kişi sınavı kazansa böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

"Sözlü sınavın en büyük sakıncası hukuksal denetiminin mümkün olmamasıdır." Yani, yurttaşlar yargı erkine başvurarak yapılan haksızlığı giderebilir. Çünkü mahkemelerde sunulacak kanıt bulunamaz. Ayrıca "sözlü sınavla da savlandığı (iddia edildiği) gibi adayın yazılı sınavda ölçülemeyen davranışları ölçülemez." Zira, yazılı sınavdan daha kısa bir zaman aralığında yapılan sözlü sınav adayla doğrudan konuşarak temas yapıldığı için adayın aşırı heyecanlanmasına veya herhangi bir psikolojik süreçte kalarak kendisinde bulunan olumlu yetileri ortaya çıkaramamasına neden olabilir. Bundan da önemlisi "kayırmacılık (torpil) savlarına da neden olur ve yurttaşların kamu makamlarına olan güveni ve saygıları azalır".

Sözlü sınavın ne büyük sakıncalar içerdiği, "Anayasa Mahkemesi" kararına konu olmuş ve yüksek mahkeme; aday yargıçlıktan (hakimlikten) asli yargıçlığa (hakimliğe) atanmada yazılı sınavın kaldırılarak yerine sözlü sınavın getirilmesini öngören yasayı kamu yararı düşüncesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

²⁸ Bu konuda yazılmış ender çalışmalardan biri olarak bkz., Güran, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, 1982.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandırabilecek öğeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birlikteliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür."

"Yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi, adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse bile fiilen ortadan kaldırmaktadır.Çünkü sözlü sınava karşı açılan davalarda yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yönetimi, verilen notlarda maddi hata yapıldığı gibi konularla sınırlı olmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldırma olanağı güçtür."

(AYM, 20.11.1990, E. 1990/13, K. 1990/30, AYMKD, S. 27, C. 1, s. 20-47)²⁹

Sözlü sınav, bazı mesleklerde kendini ifade edebilmeye ya da düzgün konuşabilmeye gereksinim duyulduğu ileri sürülerek meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Kanımızca, bu meşrulaştırma da yanlıştır. Bir adayın konuşma bozukluğu olup olmadığını tıp biliminin uzmanlarınca saptanabilir. Sözgelimi, bir müsteşarca, müdürle saptanamaz. Ayrıca sağlık raporu alan adayın o meslek için gereken sağlık koşullarını taşıdığı da tescillenmiş olur. Bir jüri üyesi de ben seni sağlıksız buluyorum diyememelidir. Ayrıca sözlü sınavla adayların ahlaki karakterleri, huyları, yalancı olma(ma), sır saklayabilme gibi özellikleri de saptanamaz. Zira, bunlardan bazıları belli bir zaman diliminden sonra ortaya çıkan veya uzmanınca saptanacak özelliklerdir. Yapılması gereken TUS örneğini tüm alanlara yaygınlaştırılmasıdır. Umarız ki Tasarı yasalaşmadan ona kamu kesimine personel alımında sözlü sınav yapılmasını yasaklayan bir hüküm eklenir.

3. Kamu görevlilerin özlük hakları bakımından ilerleme ve yükselmeleri için mevcut sistemde yer alan "olumlu sicil" alma ölçütüne Tasarıda yer verilmezken, yep yeni bir ölçütten söz edilmektedir: "Performans Ölçütü": Kamu görevlilerinin yükselme ve ilerlemelerinde artık "gösterdiği performans" dikkate alınarak değerlendirme yapılacaktır.

²⁹ Kararın özeti için bkz., Tezcan - Gürsel - Sancaktar - Ögütçü, *İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, DEÜ Yayınları, 2001 s. 359-360.

“Olumlu sicil alma” ölçütü üst ast arasında yakınlık olduğunda ya da araya herhangi bir nedenle kayırmacılık girdiğinde olumlu sonuç alınamayan ve dolayısıyla kamu görevlileri arasında büyük eşitsizliklere yol açan, gerçekte ölçücülük niteliği zayıf bir personel değerlendirme aracıdır. Türkiye gibi, kişileri işine ve ürettiğine göre değerlendirme anlayışının zayıf olduğu; hemşericilik, ahbaplık, asker arkadaşlığı, partili, yandaş gibi adlandırmalarla kişilerin değerlendirildiği bir ülkede salt sicil üstünün vereceği olumlu sicille (ayrıca yansın aradığı iki etkisiz koşulu da eklemek gerekir) sayıları iki milyonu aşan bir kitlenin nesnel değerlendirmesini yapmak mümkün değildir.

“Performans ölçütü, temelde olumlu bir ölçüt olmasına rağmen doğru kişi ve kurumlarca uygulanmadığı takdirde, yarar yerine zarar getirecek bir ölçüt-tür.” Bu ölçütün başarılı bir biçimde uygulanabilmesi için iki koşulun bir arada olması gerekmektedir:

“Birinci koşul, performans değerlendirmesini yapacak kişilerin değerlendirme aracı olarak kullanacakları ölçütleri doğru seçmeleridir.”

Örnek: Kolluk görevlilerinin performans değerlendirmesi yapılırken ölçüt olarak gözaltına aldıkları kişi sayısı, yasadışı (korsan) kalabalıkları ne kadar kısa sürede dağıtabildikleri dikkate alınırsa o zaman , kolluk görevlileri de sokakta bulduğu herkesi gözaltına alabilir veya ölçülülük ilkesini ihlal ederek gereksiz şiddet kullanabilir. Zira, yükselme için tek olanağı budur.Oysa ölçüt olarak, aranan kişileri bulma, olaylara zamanında müdahale edebilme, kendini geliştirme (yabancı dil öğrenme, hizmet içi eğitimlere kayılma ...), işe devamlılık, işleri aksatmama gibi ölçütler alınırsa bireysel yararlar toplumsal yarar daha iyi biçimde dengelenebilir.

“İkinci koşul, değerlendirmeyi yapacak kişiler ve kurumların bu alanda uzman olmalarıdır.” Tasarı’da bu görev Sayıştay’a verilmektedir. Oysa ki Sayıştay harcamaların denetlenmesinde uzman olan bir kurumdur. Kapsamına giren kurumların bile tamamını denetleyememektedir. Türkiye’de kamu görevlilerinin çeşitliliği düşünüldüğünde kendi görevini bile yapamayan Sayıştay’ın kamu görevlilerini nasıl değerlendireceği merak konusudur.

“Performans ölçülmesinin en büyük sakıncası ise hukuksal denetiminin yapılmasındaki güçlüktür.” Çünkü “performansı ölçmek genellikle bir yerin-

delik denetimidir."³⁰ İdari yargı yerleri de yerindelik denetimi yapamaz. Buna neden olarak yerindelik denetiminin yapılması durumunda gerek yasama organı ve gerek kamuoyu karşısında hiçbir sorumluluğu bulunmayan yargının, hem yasama organı, hem de yargı organına karşı sorumluluğu bulunan idarenin yerine geçmesi ve onun takdir yetkisini ortadan kaldırması sonucunu doğuracağı gösterilmiştir.³¹ Eğer kamu görevlisi hakkında yapılacak değerlendirmenin olumsuz çıkması durumunda yargı yoluna başvurulduğunda ilgili mahkeme yerindelik denetimi yapamam diye davayı ret ederse, hem Anayasa'nın 125/1 maddesinin bir anlamı kalmayacak, hem de kamu görevlilerinin hukukunu olumsuz yönde etkileyebilecek bir işleme karşı iç hukuk yolunda etkili bir başvuru yolu kalmayacaktır. Zira, yasama organına ve idareye yapılan başvuruların etkili bir sonuca ulaştığı görülmemiştir. O zaman yapılacak şey hukuksal denetimi olanaklı kılan belirgin ölçütlerin performans değerlendirmesinde kullanılmasıdır.

Örnek: İlköğretim okullarının birinci sınıflarına ders veren bir öğretmenin öğrencilere okuma yazmayı öğretmesi ya da lise öğretmenleri için, öğrencilerinin ÖSS'yi kazanmaktaki başarısı gibi bir veri performanslarını belirlemede ölçüt olarak kullanılırsa o zaman eşitsizlik ortaya çıkabilir. Çünkü okuma yazmayı öğrenmek ya da ÖSS'yi kazanmak yalnızca öğretmenin çabasına bağlı olarak gerçekleşecek bir sonuç değildir. Bunda öğrencinin de katkısı büyüktür. Şimdi sözgelimi, Doğu Anadolu'da olanaksızlıklar nedeniyle (yetersiz beslenme, ailevi nedenler, ulaşım güçlüğü gibi) okulda okuma yazmayı öğrenemeyen ya da liseye düzenli devam edemeyen veya etse de bir çok dersi boş geçen, "*başarısız öğrencilerin, başarılı öğretmeniyle*"; ondan daha iyi koşullara sahip başka bir yerdeki, "*kendisi başarısız; ama öğrencileri başarılı olan bir öğretmeni*" aynı ölçüte (öğrenci başarısı) göre değerlendirmek ne derecede anlamlıdır. Ayrıca bunun hukuksal denetimini de yapmak kuramsal olarak olanaklı duruma getirilse bile pratikte mümkün değildir. Zira, mahkemelerin bu iş yükü altında bir de açılan dava nedeniyle -örneği-

³⁰ Yerindelik denetimi, yapılan işlem ve eylemin kamu yararına olup olmadığını saptamaya yönelik bir denetim biçimidir. Başka bir deyişle yerindelik denetiminde işlemin hukuka uygun olup olmadığı değil, kamu yararına hizmet edip etmediği araştırılır. Bu nedenle idari yargı yerleri yerindelik denetimi yapmaktan kaçınmaktadır. Zaten hukuksal olarak da bu denetimin yapılması yasaklanmıştır. İdari yargı yerleri, idari işlem ve eylemi yalnızca hukuk uygunluk yönünden inceleyebileceklerdir.

³¹ Günday, Metin, "İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Genel Bilgiler" *İdare Hukuku, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları*, 2001, s. 346.

mizdeki- yüzlerce öğrencinin okuma yazmayı öğrenip öğrenmediğini ya da ÖSS'yi kazanamamalarında öğretmenlerinin olumsuz bir katkısı olup olmadığını araştırmaya kalkması herhalde olanaksızdır.

4. Çağdaş kamu personel rejimlerinin vazgeçilmez ilkesi olan kariyer ilkesi bazı üst düzey kamu görevlerinde kaldırılmaktadır:

"Kariyer ilkesi" memurlara yönelik şöyle bir sözü (vaadi) içermektedir: *"Eğer yeterliliğini (koşullarını taşırsanız en üst düzey derecelere (kadrolara) kadar yükselebilirsiniz"*. Şimdi bu söz (vaat) müsteşarlık, başkanlık, genel müdürlük gibi görevler söz konusu olduğunda unutulacaktır. Zira, memurların yeterliliğini arttırması, kendini geliştirmesi bu görevlere yükselmesi için bir anlam taşımayacak ayrıca siyasal iktidara da yakın olması gerekecektir. Tasarı'nın 46. maddesinin 2. fıkrasına göre *"hükümetin görevi sona erdiğinde, müsteşarlar ile başkanlık ve genel müdürlük biçiminde kurulan bağlı ve ilgili kuruluşlarda kendi genel kurullarının seçimiyle gelenler dışında başkan veya genel müdürlerin görevi kendiliğinden sona ermiş sayılır. Eğer bu kişiler başka göreve atanmazlarsa özlük hakları saklı kalmak üzere bakanlık müşaviri olarak atanacaklardır."* Bu durum *"füli durumun hukuksallaştırılması"* olarak nitelenebilir. Olumsuz yanı üst düzey kamu görevlilerinin daha etkili güvenceye kavuşturulması beklenirken onların mevcut güvencelerinin elinden alınması olmuştur. Çünkü bu düzenlemeyle, kamu kesimi, artık yetenekli kişiler için cazibe merkezi olmaktan çıkabilir. *"Mevcut yasal düzenlemelerde hükümetin değişmesi, üst düzey bürokratların değişmesi sonucunu doğurmaz. Çünkü sözü edilen bürokratların hemen tamamı hükümetin değil devletin memurudur; asli memur kadrosundadır."* Yani, istisnai memuriyet kadrosunda değildir. Yerleşik Danıştay içtihatlarına göre, bu statüdeki memurların ancak kamu yararı ve hizmet gereklerinin zorunlu kıldığı nedenler bulunması durumunda görev ve hizmet yerleri değiştirilebilir. Yani, yapılan naklen atamalar nedensiz, keyfi olamaz. Tasarı ise bu güvenceyi etkisiz bırakacak bir düzenleme getirmiştir. Olumlu yanı ise bu kapsamda olan kamu görevlilerin sınırlı sayma yoluyla belirlenmiş olmasıdır. Yani, idare yasal bir dayanak olamadan öteki görevlileri bu düzenleme kapsamında bir işleme tabi tutamaz. Hiç kuşku yok ki başarı bir ekip işidir. Ve halkın güvenini kazanarak iş başına gelen bir hükümet inandığı, güvendiği insanlarla çalışmak isteyebilir. Ancak bunun kapsamı dar tutulmalıydı ve yalnızca müsteşarla sınırlanmalıydı. Eğer kapsam dar tutulmazsa üst düzey kadrolarda siyasal ayrımcılık, partinin adamı olma gibi durum-

larla karşılaşılması içten bile değildir. Ayrıca memurlar için bir yandan yasaklanan hatta memuriyetten çıkarma nedeni olarak da gösterilen siyasal etkinliklerde bulunma yasağı, öte yandan fiilen serbest bırakılmış olur ki bu da akıl almaz bir çelişki olur.

5. Tasarı'yla merkezi yönetimdeki memur statüsündeki personelin geçici görevlendirme yoluyla yerel yönetimlerde ve bakanlıklarda çalışması yöntemine işlerlik ve açıklık (belirgin bir duruma getirilmektedir) kazandırılmaktadır: Başka kurumlarda personel görevlendirebilmek için iki koşulun bulunması gerekmektedir: Birincisi "*istek bulunması*" koşuludur. Bu istek bakan (bakanlıklarda), vali (il özel yönetiminde) veya belediye başkanından (belediyelerde) gelebilir. İkincisi ise "*ilgilinin (personelin) ve kurumunun onamının (muvafakatinin) bulunması*" koşuludur.

Bu düzenleme yerel yönetimlere ve bakanlıklara uzman kamu görevlilerin geçişini sağlayacağı için olumludur. Ayrıca ilgilinin de onamının (muvafakatinin) aranması çağcıl bir anlayışın ürünü olması açısından sevindiricidir. Ancak yerel yönetimlere geçecek personelde belirli bir yeterliliğin aranması çok önemlidir. Aksi durumda merkezi yönetimde yaşanan şişkin ve verimsiz kadrolaşma yerel yönetimlere de bulaşmış olacaktır.

6. Tasarı'yla merkezi yönetimin taşra örgütündeki bazı kadroları (ve çalışanları) yerel yönetimlere devredilmektedir: Milli Eğitim Bakanlığı'nın, Sağlık Bakanlığı'nın (eğitim hastaneleri hariç), Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı'nın, SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün (belediye sınırları dışındaki), Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün (İstanbul dışında) Kadro ve Personeli "*İl Özel Yönetimi'ne (İdaresine)*",

Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın, SHÇEK Genel Müdürlüğü'nün belediye sınırları içinde kalan yerlerdeki kadro ve personeli belediyelere; Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün İstanbul'daki kadro ve personeli Anakent (Büyükşehir) belediyesine,

Yüksek Denetleme Kurulu'nun personeli Sayıştay'a bırakılmaktadır (Tasarı geçici m. 1, 2, 3).

7. Kamu görevlilerinin özlük haklarıyla ilgili iç düzen (özyönetim) etkinliğini yapan personel daire başkanlıkları kaldırılarak yerine daha geniş görevli insan kaynakları daire başkanlıkları kurulmaktadır (Tasarı m. 35): İnsan kaynakları daire başkanlıkları yalnızca özlük işleriyle ilgilenmeyecek; bakanlığın insan gücü politikası ve planlaması konularında çalışmalar yapacak, önerilerde bulunacak, yerel yönetimlere dönük eğitim programları düzenleyecek, bakanlık örgütünün eğitim planını hazırlayacak, uygulayacak ve denetleyecektir (Tasarı m. 35). Bu düzenleme insanın bir değer, kaynak olarak görülmesi açısından olumlu bulunmaktadır. Kanımızca, ad ve görev değişikliği yetersizdir. Çünkü sorun ad veya görev (yetki) de değil bu yerlerde çalışan personelin yetersizliğinde ve siyasal iktidarlarca yapılan keyfi uygulamalardadır. İl düzeyinde örgütlenen bakanlıkların personel müdürlüklerinde çalışan görevlilerin hemen hemen tamamı hiçbir uzmanlık eğitimi almamış sıradan (vasıfsız) kişilerden oluşmaktadır. Bu nedenle zaman zaman şöyle garip durumlarla karşılaşmaktadır. Sözgelimi, bazı memurlar üst sınırı iki yıl olan adaylık dönemini geçmelerine rağmen hala asaletleri onaylamadığı için yedi sekiz yıl gibi uzun süreler asli memuriyetin sağladığı güvencelerden yoksun bırakılmaktadır. Oysa yasa açık, adaylık süresi en çok iki yıldır. Bu süre sonunda asaletleri onaylanmayan memurların eğere yetersiz bulunuyorlarsa memuriyetle ilişkilerinin kesilmesi gerekir. Yoksa yedi sekiz yıl aday memur olunmaz. Bu yetersiz kişilerin personel dairelerinde görev almalarından kaynaklanmaktadır

III. SONUÇ

"Türkiye'de, hukuksal ve siyasal düzenimizin temel yapı taşları, son dönemlerde yerinden oynamaktadır." Reform, devrim, AB'ye uyum ve benzeri adlarla anılan bu dönüşümün en önemli etkileri İdare Hukuku alanında yaşanmaktadır. Çünkü, "günümüzde yerleşik anlayış; reform, devrim, AB'ye uyum denince bunun hep idarede bir değişim ve dönüşümle sağlanacağına inanmaktadır." Mevcut yetersizlikler dikkate alındığında bunun pek haksız da olduğu söylenemez. "Türkiye'de kamu yönetimi alanında bir reform yapılmasının gerektiği açıktır; hatta geç kalınmıştır." Ama bu reform oldu bittiye getirilecek bir iş değildir. Kamu yönetimi

reformunun sağlıklı sonuçlar verebilmesi için, büyük bir uzlaşmaya; hatta oydaşmaya dayanan bir hazırlık çalışmasına gereksinim vardır. *“Türk halkı, bir çok şeyi o kadar uzun süre beklemiştir ki; her halde geleceği üzerinde önemli etkileri olacak bir Reform Tasarısı'nın, olgunlaşmasını bir süre daha bekleyebilir.”*

Tasarı hakkında bir genelleme yapacak olursak şu sonuca varabiliriz: Tasarı'yla *“idari yargı denetiminden kaçış yolu aranırken, işletme yönetiminin kavram ve kurumları çözüm olarak görülmüş ve kamu yönetimine”* aktarılmıştır.

Bu çalışmamızla, yürütülen kamu reformu çalışmalarına *“iğne deliği”* kadar bile olsa bir katkı sağlayabilirsek bu çalışma amacına ulaşacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgüner, Tayfun, *Kamu Personel Yönetimi*, Der Yayınları, 2001, İstanbul.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, 2004, Konya.
- Aslan, Zehretin, *657 Sayılı Kanuna Göre Disiplin Suç ve Cezaları*, Alfa Kitabevi, 2002, İstanbul.
- Atay, Cevdet, *Devlet Yönetimi ve Denetimi*, Alfa Kitabevi, 1999, Bursa.
- Ayanoğlu, Taner, *Kamu Yönetiminin Merkez ve Taşra Örgütlenmesi Sorunları ve Çözüm Önerileri (Bildiri)*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2003.
- Batum, Süheyl, *Kamusal Görev-Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi*, Kamu Yönetimi (Panel), TBB yayını, Ankara, 2003.
- Bozkurt, Ömer - Ergun, Turgay - Sezen, Seriyeye (Editör): *Kamu Yönetimi Sözlüğü*, TODAİE Yayını, 1998, Ankara.
- Demirkol, Selami - Baş, Zuhale Bereket, *İdari Yargıda Dava Açma ve Takip Usulü*, Beta Kitabevi, 2001, İstanbul.
- Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Sakarya.
- Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev - Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, 2001, İstanbul.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi, 2003, İki Cilt, Bursa.

- Gözübüyük, Şeref – Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2001, Cilt 1, Genel Esaslar.
- Gülan, Aydın, “KYTK Tasarısı ya da Düzeltmeye Çalışırken Bozmak”, *Güncel Hukuk*, S. 3 , Mart 2004.
- Güler, Birgül Aymar, *İkinci Dalga: Siyasal ve Yönetimsel Liberalizasyon, Kamu Yönetimi Temel Kanunu*, Kamu Yönetimi (Panel)- Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003, s. 217.
- Güler, Birgül Aymar, *Türkiye’de Kamu Personel Rejimi Esasları, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı ve TÜHİS, Türkiye’de Kamu Personel Rejiminin Yeniden Yapılandırılması Sempozyumu*, Hilton Oteli, Ankara 22-23 Şubat 2003 toplantısında sunulmuştur.
- Gülmez, Mesut, *Kamu Görevlileri Sendika Ve Toplu Görüşme Hukuku*, TODAİE Yayını, 2002, Ankara.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 2003, 8. bası.
- Günday, Metin, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları, Anayasa Yargısı*, 1997, s. 347 vd.
- Günday, Metin, *İdari Yargı Kararlarının Uygulanması Sorunu, Hukuk Kurultayı, Kamu Hukuku*, 2000, Ankara, s. 351 vd.
- Günday, Metin, “İdarenin Yargısal Denetimine İlişkin Genel Bilgiler”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 335, 365.
- Günday, Metin, “İdari Yargının Görev Alanı, İdari Yargıda Görev ve Yetki”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 367, 394.
- Günday, Metin, “İdari Davalar ve Kanun Yolları”, *İdare Hukuku*, Açık Öğretim Fakültesi Yayınları, 2001, s. 397, 427.
- Güran, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma Ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, 1982.
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, Değişim Yayınları, 2003.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara.
- Kamu Yönetimi (Panel)*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2003.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısındaki Anayasa’ya Aykırılıklar*.
- Karan, Nur Kaman, *Devlet Memuriyetinin Sona Ermesi*, Seçkin Yayınları, 2003.
- Karatepe, Şükrü, *İdare Hukuku*, İzmir, 1995.
- Kaya, Nurullah – Doğan, Cevdet, *Soruşturma Rehberi*, Ankara 2002.
- Keleş, Ruşen – Mengi, Ayşegül, *İmar Hukuku*, İmge Kitabevi, 2003.

- Odyakmaz, Zehra – Kaymak, Ümit – Ercan, İsmail, *Altın Seri, Anayasa Hukuku - İdare Hukuku*, 5. Bası, Savaş Yayınları, 2004.
- Ozansoy, Cüneyt, *Kamusal Görev - Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi, Kamu Yönetimi (Panel)*, TBB yayını, Ankara, 2003,
- Pınar, İbrahim, *Memur Suçlarında İdari Ve Adli Soruşturma Usulleri*, Seçkin Yayınları, 2003, Ankara.
- Sağlam, Mehmet, *Memurların Naklen Atanması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, 1999, Ankara.
- Sancaktar, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinin Çıkarma ve Yargısal Denetim*, Yetkin Yayınları, 2001.
- Tezcan, Durmuş – Gürsel, Meltem Kutlu – Sancaktar, Oğuz – Ögütçü, Muhlis, *İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı*, DEÜ Yayınları, 2001.
- Tutum, Cahit, *Türkiye’de Memur Güvenliği*, TODAİE Yayını, 1972, Ankara.
- Ulusoy, Ali, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, 2003, Ankara.
- Ulusoy, Ali, *Kamusal Görev - Yetkilerin Yerel Yönetimlere Devri ve Üniter Devlet İlkesi, Kamu Yönetimi (Panel)*, TBB yayını, Ankara, 2003.
- Yıldırım, Turan, *Türkiye’nin İdari Teşkilatı*, Alkım Yayınları, 2003, İstanbul.
- Yıldırım, Zeki – Çiftçi, Metin – Türkmen, Şükrü – Çalışkan, Öner, *Açıklamalı Örnekli - İctihatlı - İnceleme ve Soruşturma*, Alp Yayınevi, 2003.