

Anayasa Mahkemesi'nin "Totolojik" 4/C Kararı (Karar İncelemesi)

Mesut GÜLMEZ*

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2010/46

Karar Sayısı : 2011/60

Karar Günü : 30.3.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU : 1- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (C) fıkrasının,

2- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- OLAY

Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı'nda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi uyarınca çalışmakta iken hizmet sözleşmesi feshedilen davacının, tarafına iş sonu/kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki idarenin işlemi ile Hizmet Sözleşmesi'nde yer alan "*Sözleşmenin feshinde ihbar, kıdem veya sair adlar altında herhangi bir tazminat ödenmez.*" hükmünün ve bütün bunlara dayanak alınan 2007/13014 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 8. maddesinin 3. fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay 2. Dairesine açılan davada verilen yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin kararın kaldırılması istemiyle yapılan başvuruda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı'nda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi uyarınca çalışmakta iken hizmet sözleşmesi fesh edilen davacının, tarafına iş sonu tazminatı/kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddi yolundaki Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı'nın 17.2.2009 günlü, 743 sayılı işlemi ile Hizmet Sözleşmesi'nde

* Prof. Dr.

yer alan “Sözleşmenin feshinde ihbar, kıdem veya sair adlar altında herhangi bir tazminat ödenmez.” hükmünün ve bütün bunlara dayanak alınan Türkiye İstatistik Kurumunda 2008 Yılında Geçici Personel Çalıştırılmasına İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesi ve Ödenecek Ücretlere Dair 14.12.2007 günlü, 2007/13014 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın 8. maddesinin 3. fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açtığı davada; Danıştay İkinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 6.10.2009 günlü, E:2009/3097 sayılı karara, davacının itiraz etmesi üzerine açılan dosya incelendi:

Davaya Konu Olay ve Davacının İstemi:

Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu’nda 1.12.1989 yılından bu yana her yıl yenilenen hizmet sözleşmesi ile 657 sayılı Yasa’nın 4/C maddesinde tanımlanan “geçici personel” statüsünde çalıştığını ifade eden davacı tarafından, 26.12.2008 tarihi itibarıyla sona eren hizmet sözleşmesinin 2009 yılı için yeniden düzenlenmediği, iş ilişkisinin bu tarih itibarıyla sona erdiği, bu nedenle kazandığı iş sonu tazminatı/kıdem tazminatının iş akdinin sona erme tarihi olan 26.12.2008 tarihinden itibaren hesaplanacak en yüksek banka reeskont faiziyle birlikte hesaplanarak tarafına ödenmesi istemiyle davalı idareye yaptığı 30.1.2009 tarihli başvurunun dava konusu işleme, 657 sayılı Kanun’un 4/C maddesi hükmüne istinaden her yıl için farklı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararı uyarınca istihdam edildiği, statüsünün “işçi” veya “geçici işçi” olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı, ilgili hizmet sözleşmesi ve Bakanlar Kurulu kararında da bu yönde düzenleme yer almadığı, sözleşmede belirlenen tarih itibarıyla sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği, bu nedenle kendisine kıdem tazminatı/işsonu tazminatı ödenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Türkiye İstatistik Kurumunda 2008 Yılında Geçici Personel Çalıştırılmasına İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesi ve Ödenecek Ücretlere Dair Karar; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinin (C) fıkrasına göre, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı’nın merkez ve bölge teşkilatlarında; hane halkı araştırmaları, işyeri araştırmaları, kurum ve kuruluşlardan bilgi derlenmesini amaçlayan araştırmalarla 2008 yılında yapılacak olan uygulamalarında veri derleme, değerlendirme ve benzeri işler ile diğer hizmetler için (1) yıldan az süreli olmak üzere, aynı anda en çok 1.800 kişinin, geçici personel olarak çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bu personele ve kurum dışından yukarıda belirtilen işlerde çalıştırılacak olan kamu personeline ödenecek ücretlerin tespiti amacıyla 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinin (C) fıkrası ile 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun 49. maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Anılan karar’ın dava konusu 8. maddesinin 3. fıkrasında; “Sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde ilgiliye, ihbar, kıdem ve sair adlar altında bir tazminat ödenmez.” hükmü, bu karar uyarınca istihdam edilecek geçici personelin Hizmet Sözleşmesi’nin 6. maddesinin “ç” fıkrasında, yine “sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde ilgiliye ihbar, kıdem ve sair

adlar altında bir tazminat ödenmez.” hükmü yer almaktadır.

Davacı tarafından, 1.12.1989 tarihinden bu yana, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesinde tanımlanan “geçici personel” statüsünde Başbakanlık Türkiye İstatistik Kurumu bünyesinde çalışması ve sözleşmesinin 26.12.2008 tarihinde sona ermesi nedeniyle kendisine iş sonu tazminatı/kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddi yolundaki 17.2.2009 günlü, 743 sayılı işlem ile Hizmet Sözleşmesinde yer alan “sözleşmenin feshinde ihbar, kıdem veya sair adlar altında herhangi bir tazminat ödenmez.” hükmü ile dayanağı “Türkiye İstatistik Kurumunda 2008 Yılında Geçici Personel Çalıştırılmasına İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesi ve Ödenecek Ücretlere Dair” 14.12.2007 günlü, 2007/13014 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 8/3. maddesinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açılmıştır.

Yasa Kuralları:

1- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “İstihdam Şekilleri” başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtildikten sonra, (A) bendinde; memur, “Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır.

Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır.” (B) bendinde; sözleşmeli personel, “Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.” (C) bendinde; geçici personel, “Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Dairesinin ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.” (D) bendinde; işçiler, “(A), (B) ve (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir.” şeklinde tanımlanmıştır. Öte yandan, aynı Yasa'nın değişik 5. maddesinde, bu Yasaya tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacağı öngörülmüştür.

2- 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun "Ödemeler" başlıklı 49. maddesinde de;

"Sayım, araştırma ve veri kalite kontrolü ile inceleme ve denetleme işlerinde kurum içinden veya dışından bu Kanun gereğince geçici görevle görevlendirilecek olan kişilere başka yerde görevlendirildikleri süre için verilecek gündelikler, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecek gündeliklerin birbuçuk katı olarak uygulanır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, Kurum dışından görevlendirilecekler için verilecek zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usûl ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele, bu Kanunun 45 inci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında verilecek fazla çalışma ücreti, 15-11 inci dereceden aylık alanlar için tespit edilen tutar kadar ödenir.

Bu Kanun gereğince geçici görevle görevlendirilenlere verilecek yol ve konaklama giderleri ile sürekli görevle görevlendirilenlerin harcırahları da 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri uyarınca ödenir.

Sayım, araştırma, inceleme, denetleme ve veri kalite kontrolü için alanda görevlendirilenler, mahallî idarelerce işletilen toplu taşıma araçlarından geçici görev süresince ücretsiz ve kamu kurum ve kuruluşlarının konaklama ve sosyal tesis imkânlarından, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının personeline uygulanan şartlarla aynen yararlandırılır."

düzenlemesine yer verilmiştir.

3- Davalı idarelerce 657 sayılı Yasa'nın 4/C ve 5429 sayılı Yasa'nın 49. maddeleri uyarınca tesis edilen düzenleyici ve bireysel işlemlerin iptali istemiyle açılan davada belirtilen yasa maddeleri uyumsuzluğun çözümünde "uygulanacak kural" niteliğindedir.

Bu nedenle, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesinde yer alan kural ile 5429 sayılı Yasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Anayasal Düzenlemeler:

1- Anayasa'nın 17. maddesinin ilk tümcesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..." hükmünü taşımaktadır.

Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır. Hukuk devletinin amaç edindiği yaşama hakkının korunması, sosyal güvenliğin

sağlanmasıyla gerçekleşecektir. Sosyal güvenliği sağlamak için yapılacak yasal düzenlemelerin “yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma haklarını” zedeleyecek veya ortadan kaldıracak hükümler içermemesi gerekmektedir.

Sosyal güvenlik, uluslararası hukuk belgelerinde ve çağdaş Anayasalarda temel bir hak niteliğinde görülerek “ekonomik ve sosyal haklar” bölümünde düzenlenmiştir. Toplumun tüm bireylerini kapsamına alma çabalarının bir sonucu olarak sosyal güvenlik, temel bir insanlık hakkı görünümü kazanmıştır.

Sosyal güvenlik, sosyal hukuk devletinin dayanaklarından biridir. Sosyal güvenlik hukuku alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde, sosyal devlet kavramı anlayışına uygun olması zorunludur. Sosyal Hukuk Devleti, niteliğinin gereği olarak, sosyal güvenlik kavramını yaşama geçirerek somutlaştırır.

Sosyal güvenlik, kısaca, kişinin yarından emin olma gereksinmesini karşılayan bir kavramdır. Tehlikeyle karşılaşan ve yoksulluğa düşen bireye asgarî bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin varoluş nedenidir. Çağdaş hukuk sistemlerinde sosyal güvenlik, “sosyal risk” karşısında uğranılan zararın giderilmesi düşüncesine dayanır. Sosyal güvenlik, bir meslekî, fizyolojik ya da sosyoekonomik riskten ötürü geliri sürekli ya da geçici olarak kesilen kimselerin geçinme ve yaşamı devam ettirme gereksinimlerini karşılamayı amaçlayan bir sistemdir.

Sosyal güvenlik, herşeyden önce, herhangi bir nedenle kısmen ya da tamamen çalışamayanlara ve bu nedenle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşenlere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli olan gelirin sağlanmasını öngörür. Sosyal güvenlik, ekonomik yönden güçsüzleri, insanca yaşamak için yeterli geliri olmayanları koruyup kollar.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948’de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 22. maddesinde, “Her kişinin, toplumun üyesi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu” ilkesi konulduktan sonra, bu hakkın gelişimi için gerekli ekonomik, sosyal ve kültürel hakların her ülkenin ekonomik kaynakları gözönünde tutularak, ulusal çaba ve uluslararası işbirliğinin katkısıyla sağlanabileceği vurgulanmıştır.

Anayasa’nın “Sosyal güvenlik hakkı” başlıklı 60. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.”, ikinci fıkrasında da “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar” denilmektedir.

Bu kural bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malûllük gibi sosyal riskler karşısında asgarî ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamak amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Maddenin ikinci fıkrasında bu görevin Devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirileceği öngörülmüştür.

Çağdaş uygarlığın simgesi olarak tüm toplumlarca benimsenmiş ve evrensellik kazanmış olan sosyal güvenlik kavramı, özde bireyin karşılaşacağı tehlikelere karşı güvence arayışının ürünüdür. Bireye, güç günlerinde asgarî bir güvence sağlamak sosyal güvenliğin temel amacıdır. Günümüzde, sosyal güvenlik

politikalarının temelini, sosyal risklerin, bireyler üzerindeki etkilerinin giderilmesi çabaları oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca, sosyal devlet, vatandaşların sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgarî bir yaşam düzeyi sağlamakla kendini görevli sayan devlettir. Anayasanın 5. maddesinde de, ... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Öte yandan, Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

2- Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen "Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü", Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer almaktadır. Buna göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." "Çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49. maddesinde; "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." kuralı yer almaktadır.

Anayasanın 13. maddesinde ise, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir. Buna göre yasa koyucu, Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü, 49. maddede öngörülen çalışma hak ve ödevlerini, ancak 13. maddedeki nedenlerle sınırlandırabilir.

3- Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "Başlangıç"ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış, 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı, bu yetkileri kullanacak organlar olarak belirlenmiş; Anayasa'nın 7. maddesinde; Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu kural karşısında, Anayasa’da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemeyeceği açıktır.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının, Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekmektedir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırları çizmeden, yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kuralın, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşeceğinde kuşku bulunmamaktadır.

4- 9.4.2007 günlü, 26488 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 27.9.2006 günlü, 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, “AVRUPA SOSYAL ŞARTI’nda da; herkesin özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama fırsatına sahip olduğu, tüm çalışanların adil çalışma koşullarına ve güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma haklarının bulunduğu, herkesin sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkına ve iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkını düzenleyen 24. maddesinde; “Akit taraflar, çalışanların iş akdinin sona erdiği durumlarda korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla;

a- tüm çalışanların, yetenekleri ya da davranışlarıyla bağlantılı olarak ya da işletmenin, kuruluşun ya da hizmetin işleyişinin gereklerine dayanarak, iş akitlerinin geçerli nedenler olmadan sona erdirilmemesi hakkını;

b- iş akitleri geçerli bir neden olmaksızın sona erdirilen çalışanların yeterli tazminat ya da diğer uygun yardımlar alma hakkını tanımayı;
taahhüt ederler.

Bu amaçla akit taraflar, iş akdinin geçerli bir neden olmaksızın sona erdirildiğini düşünen çalışanın bağımsız bir organa başvurma hakkını güvence altına almayı taahhüt ederler.” kurallarına yer verilmek suretiyle yukarıda değinilen Anayasal hükümlere koşut düzenleme yapılmıştır.

Anayasaya Aykırılığın Değerlendirilmesi:

Devlete çalışanları korumak, çalışma barışını sağlamak için tedbir almak yükümlülüğünü getiren Anayasanın 49. maddesi, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan “Sosyal Hukuk Devleti” ve “Hukuk Güvenliği” ilkeleri; istihdam şekilleri belirlenerek çalışma hayatının yasayla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Elbette temel bir insan hakkı olan çalışma hakkına ilişkin yasalarda, çalışma hakkını fonksiyonel kılacak yeterli düzenlemelere yer verilmesi; sınırlamaların da, Anayasanın 13. maddesine uygun biçimde, hakkın özüne dokunulmadan, ölçülülük ilkesine uygun yapılması gerekir.

Çalışma hakkının varlığı, yeterli ölçüde iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkı tanınmasına bağlıdır. Haksız, keyfi işten çıkarmaya karşı hukuki korumayı ifade eden iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkını düzenlemeyen bir yasanın, çalışma hakkını koruduğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır. İş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkını tanıyan, istihdam şekillerini yeterli biçimde tanımlayıp, düzenleyen yasal düzenlemelerle çalışma hakkı korunabilir.

Nitekim memur, sözleşmeli personel, işçi statüleri, istihdam şekilleri, ayrıntılı biçimde yasalarla düzenlenmiş; belirtilen statülerde çalışanlara iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakları tanınmıştır.

657 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin C bendinde ise "geçici personel" adı altında, memur, sözleşmeli personel, işçi dışında bir başka statü, istihdam şekli kabul edilmiştir. Ancak anılan yasal düzenlemede sadece "geçici personel" adı verilen statüden söz edilmekle yetinilip; bu istihdam şeklinin kapsamı, çalışanların hak ve yükümlülükleri belirlenmeksizin, bu konuda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle yürütme organına bırakılmıştır. Yasama organı tarafından, bir istihdam şeklinin yalnızca adı konulup, düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkının düzenlenmemesi, Anayasanın 49. maddesine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7. maddesine ve sonuçta çalışma hakkının özünün zedelenmesi nedeniyle de 13. maddesine aykırı bulunmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal Devlet niteliğiyle, Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesindeki "...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma..." kuralıyla, "Çalışma hakkı ve ödevi" başlığı altındaki 49. maddesinin ikinci fıkrasında vurgulanan "Devlet, ...çalışanları korumak... için gerekli tedbirleri alır." biçimindeki uyulması zorunlu hükümlerle, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesindeki çalışanların güvence eksikliğini bağdaştırmak olanağı yoktur. O halde Devlet, genel idare esasları dışındaki hizmetlerde birer "çalıştırılan" konumunda bulunan 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamındaki personelin hukuksal statüsünü belirlemek ve istihdam güvencesini sağlamak için, yapılacak idari sözleşmelere esas olmak üzere, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memur ya da diğer kamu görevlilerine, 49.-55. maddelerde işçilere ilişkin güvencelerin benzerlerini çerçeve bir yasa ile kurallara bağlamak zorundadır.

Yasal bir çerçevenin bulunmaması sonucunda davacı ile aynı durumda olanlara iş sonu tazminatı adı altında bir ödemede bulunulmazken özelleştirme uygulamaları sonucunda işsiz kalanlardan 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında çalışmayı kabul edenlerle sınırlı olarak 21.12.2009 günlü, 2009/15279 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, işsonu tazminatı ödenmesi konusunda düzenleme

yapılarak, aynı statüde çalışanlar arasında da farklı uygulama yapılmasına neden olunmuştur.

Sonuç olarak 657 sayılı Yasanın 4. maddesinin C bendinin; istihdam şekli tanımlanıp, iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkı belirlenmeden sadece “geçici personel” olarak adlandırılan statüyü düzenleme yetkisinin bütünüyle Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması nedeniyle Anayasanın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, 5429 sayılı Yasanın 49. maddesinde de 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen personele, çalıştığı dönemde yapılacak bazı ödemelere yer verilmiş; ancak, statüleri hakkında düzenleme yapılmayarak, bu konudaki düzenleme, sınırları çizilmeksizin Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Dolayısıyla yukarıda 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi bağlamında belirtilen Anayasaya aykırılık nedenlerinin burada da geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/C maddesi ile 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa’nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralların Anayasa’ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilmeye kadar yürürlüklerinin durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 18.3.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinin iptali istenen (C) fıkrası şöyledir:

“C) GEÇİCİ PERSONEL

Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir.”

2- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun itiraz konusu kuralı da içeren 49. maddesi şöyledir:

“Madde 49- Sayım, araştırma ve veri kalite kontrolü ile inceleme ve denetleme işlerinde kurum içinden veya dışından bu Kanun gereğince geçici görevle görevlendirilecek olan kişilere başka yerde görevlendirildikleri süre için

verilecek gündelikler, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecek gündeliklerin birbuçuk katı olarak uygulanır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, Kurum dışından görevlendirilecekler için verilecek zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usûl ve esasları Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele, bu Kanunun 45 inci maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında verilecek fazla çalışma ücreti, 15-11 inci dereceden aylık alanlar için tespit edilen tutar kadar ödenir.

Bu Kanun gereğince geçici görevle görevlendirilenlere verilecek yol ve konaklama giderleri ile sürekli görevle görevlendirilenlerin harcırahları da 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri uyarınca ödenir.

Sayım, araştırma, inceleme, denetleme ve veri kalite kontrolü için alanda görevlendirilenler, mahalli idarelerce işletilen toplu taşıma araçlarından geçici görev süresince ücretsiz ve kamu kurum ve kuruluşlarının konaklama ve sosyal tesis imkânlarından, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının personeline uygulanan şartlarla aynen yararlandırılır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine dayanılmış, 128. maddesi ise ilgili görülmiştir.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 20.5.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulmuştur.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5429 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istemiştir.

Bakılmakta olan davanın konusu, Türkiye İstatistik Kurumu bünyesinde 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılan geçici personele ödenecek ücretlere ilişkindir. Buna göre, itiraza konu 5429 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "...Kurum dışından görevlendirilecekler verilecek zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usûl ve esasları..." bölümü dava konusu ile ilgili değildir. Kuralda yer alan "...Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edilir." bölümü ise, dava konusu olmayan yukarıda belirtilen bölüm yönünden de geçerli ve ortak kural niteliğindedir.

Bu nedenlerle, 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkranın "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ..." bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına, 30.3.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 657 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (C) Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda sadece "geçici personel" adı verilen statüden bahsedilerek, bu istihdam şeklinin kapsamı, çalışanların hak ve yükümlülükleri ile iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakları belirlenmeden, düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle Bakanlar Kuruluna bırakıldığı, bu konuda yasal bir çerçevenin bulunmadığı belirtilerek, kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin itiraz konusu (C) fıkrasında, geçici personelin; bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimseler olduğu öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 7. maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez" kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.

Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında; “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” denilmiştir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli önlemleri almak ödevi verilmiştir. Devlet, kişinin çalışma hakkını kullanabilmesi için iş alanında gerekli önlemleri alacak ve sınırlamaları kaldırarak görevini yerine getirecek, birey de çalışarak topluma yük olmaktan kurtulacaktır.

Anayasa'nın 60. maddesinde de “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir” denilmekle, bireylere, gelecekte karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgarî ölçüde bir yaşam düzeyinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu amaç, sosyal sigorta kuruluşlarınca, kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir ve yerine getirilir.

Anayasa'nın 128. maddesinde ise “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal baklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” denilmektedir.

657 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görüleceği belirtilmiş, maddenin (A) fıkrasında memur, (B) fıkrasında sözleşmeli personel, (C) fıkrasında geçici personel, (D) fıkrasında ise işçi tanımlanmıştır. 5. maddesinde de bu Kanun'a tabi kurumların bu dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacağı belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, istihdam şekillerinden olan geçici personel statüsünün tanımı yapılarak, Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak hangi işlerin bir yıldan az süreli veya mevsimlik olduğunu, bu personelin sayısını, ödenecek ücreti ve sözleşme şartlarını belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na bırakılmaktadır.

Geçici personel statüsü, belli bir vasıf gerektirmeyen, daha çok bedensel çalışmalara ağırlık veren, başlangıç ve bitişi belli olan, süreli işlerde çalışmayı öngörmektedir. Bu personel, idare ile yaptıkları bir sözleşme uyarınca idare için belirli bir iş yapan kişi konumundadır ve yaptıkları iş, geçici veya mevsimlik olup, asli ve sürekli görevlerden de sayılmaz. Bu nedenle geçici personel; Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında belirtilen memur ve diğer kamu görevlileri kavramı dışında kalan, sözleşme ile çalıştırılan, işçi de olmayan, kendine özgü istisnai bir istihdam türüdür.

Yasa koyucu; memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışında çalışanlarla ilgili olarak, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet,

hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla düzenleme yapma yetkisine sahiptir.

Geçici ve mevsimlik işlerin neler olduğunun belirlenmesi ülkedeki ekonomik gelişmelere ve koşullara bağlı olup, bunların Yasa’da tek tek belirtilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu istihdam türü uyarınca çalıştırılacak kişilerin sayısının ihtiyaca ve ekonomik koşullara göre her zaman değişebilecek nitelikte olması, yapılan işin niteliği ve süresine göre ödenecek ücret ve sözleşme şartlarının da farklılık arzemesi gözetildiğinde, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek olan hususların yasa ile yapılamayacak kadar teknik ayrıntıları içerdiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, itiraz konusu kuralda geçici personelin tanımı yapılarak çerçeve çizildikten sonra, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların düzenlenmesinin Bakanlar Kurulu’na bırakılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, Anayasa’nın 17. maddesi ile tanınan, herkesin yaşama ve maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 49. maddesi ile de Devlet’e verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 506 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağına ilişkin hükmün, 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar hakkında da uygulanacağı öngörülmektedir. 5510 sayılı Kanun’dan önceki dönemde çalışanların da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi olduğu gözetildiğinde, itiraz konusu kuralda düzenlenen geçici personele sosyal güvenlik hakkının tanınmadığından da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2., 7., 17., 49., 60. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa’nın 13. ve 48. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

2- 5429 Sayılı Kanun’un 49. Maddesinin İkinci Fıkrasının “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler,...” Bölümünün İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) fıkrası kapsamında istihdam edilen personele, çalıştığı dönemde yapılacak bazı ödemelere yer verildiği, ancak statüleri hakkında düzenleme yapılmayarak, bu konudaki düzenlemenin sınırları çizilmeksizin Bakanlar Kuruluna bırakıldığı

belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5429 sayılı Kanun'un itiraz konusu bölümü de içeren 49. maddesinin ikinci fıkrasında, 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak olan geçici personele ödenecek ücretler ile Kurum dışından görevlendirileceklere verilecek zaruri gider karşılıkları ve her çeşit ödenekler ile anket formu başına verilecek ödenekler ve bunların usûl ve esaslarının Bakanlar Kurulu kararı ile tespit edileceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtilmiştir.

Önceki bölümde açıklandığı üzere, geçici personel tarafından yürütülen hizmetler Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmaz ve bu istihdam şeklinde çalışan personel de memur ya da diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (C) fıkrası uyarınca sözleşme ile çalıştırılan ve Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olmayan geçici personelin ücretlerinin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, Türkiye İstatistik Kurumunda 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (C) fıkrası uyarınca çalıştırılacak olan geçici personele ödenecek ücretlerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesine ilişkin yetki, işin özelliğinden kaynaklanan, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, ihtisas gerektiren ve teknik konulardaki ayrıntılara ilişkin objektif bir düzenleme yetkisi olması nedeniyle yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu bölüm Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 13., 17., 48., 49. ve 60. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

1- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (C) fıkrasına,

2- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ..." bölümüne,

yönelik iptal istemleri, 30.3.2011 günlü E. 2010/46, K. 2011/60 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu fıkra ve bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 30.3.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 maddesinin (C) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 30.3.2011 gününde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

657 sayılı Kanun'un belirttiği dört istihdam biçiminden memurluk ve işçilik "kural", sözleşmeli personel ve geçici personel ise "istisna" teşkil etmektedir. "Kural" olan istihdam biçimleri altında çalışanların sahip oldukları hakların bir kısmını içermeyen, "istisnai" özellikler taşıyan istihdam biçimlerinin kamu politikası olarak yaygınlaştırılmaya çalışılması sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Uzun yıllar boyunca geçici personel kamuda sınırlı sayıda istihdam edilirken, bu durum son yıllarda yaygınlaşmaya başlayarak sürekli ve kalıcı bir istihdam türüne dönüşmeye başlamıştır. Geçici personelin işçi sayılmaması işçilik statüsünün Anayasa ve yasalarca sağlanan bazı hak ve güvencelerinin kapsamı dışında bırakılmaları anlamına gelmektedir. Her ne kadar 657 sayılı Kanun'un 4/C fıkrası kapsamında çalışan geçici personele daha önce sahip olmadıkları bazı haklar 2010 yılında bir kararname ile verilmişse de, işçi sayılmamaları nedeniyle işçilerin sahip oldukları yıllık izin, toplu sözleşme ve grev gibi bazı haklardan, yararlanamamaktadır. Bu kapsam altında çalışan personelin fazla çalışma ile ilgili durumları da belirsizlik taşımaktadır.

Sosyal devlet ilkesi Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden biri olarak Anayasa'nın 2'inci maddesinde yer almıştır. Anayasa'nın 5'inci maddesi de devletin temel amaç ve görevini, "Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" olarak belirtmiştir.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 65. maddesi, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir" hükmünü içermektedir. Denebilir ki bu maddeden dolayı sosyal hukuk devletinin ne ölçüde ve hangi araçlarla gerçekleşeceği siyasal iktidarların takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte, takdir yetkisinin sosyal hukuk devletinin özüne zarar verecek şekilde kullanılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi de sosyal hukuk devletini tanımlarken "...çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan..." ifadelerini kullanmıştır (E. 1984/9, K. 1985/4). Sosyal hukuk devletinde birey, önündeki ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasıyla özgür olmanın tadına varabilir.

Kamu kesimi çalışma ilişkileri geleneksel olarak devletin örnek işveren olması esasına dayanır ve bu sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Çalışma ilişkilerinde standartların yükseltilmesi gerekirken devlet eliyle mevcut standartlardan geriye gidilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesinin içinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Ülkemizde özel sektör çalışma ilişkilerinin göreceli olarak düşük çalışma standartları içermesi önemli bir sorunken, aynı durumun kamu kesiminde de ortaya çıkmaya başlaması düşündürücüdür. İnsan onuruna yakışır çalışma ortamının sağlanması sosyal hukuk devletinin en önemli görevleri arasındadır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 49. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Anayasa Mahkemesi'nin “Totolojik” 4/C Kararı

Giriş

Devlet Memurları Yasası'nın 4. maddesinin C bendinde, kamu hizmetlerinde başvurulabilecek dört istihdam biçiminden biri olarak otuzbeş sözcükle düzenlenen, daha doğrusu temel ilkelerine yer verilmeksizin birkaç ögesinin belirtilmesiyle yetinilip düzenleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na, sonuç olarak yürütmenin takdirine bırakılan “geçici personel”i de kapsamak üzere, tüm istihdam biçimlerinin anayasal temelleri vardır. Anayasa ve yasalarca yetkilendirilen yasama ve yürütme, bu temel ilkelerle bağlıdır.¹ Dolayısıyla, 4/C'nin Anayasa'ya aykırılığı sorunu, önce bu bağlamda incelenip tartışılmalıdır.

Kuşkusuz, Anayasa'nın yanı sıra, yalnızca yasama ve yürütmeyi değil yargıyı da bağlayan ulusalüstü sosyal insan hakları sözleşmeleri ve yetkili denetim organlarının içtihatlaşan kararları da, ister “kural” ister “istisna” nitelikli olsun, istihdam biçimlerinin çerçevesini çizen ve maddi içeriğini oluşturan her tür düzenlemede göz önünde tutulmalıdır.

4/C'nin iç hukuk bağlamında Anayasa'ya aykırılığı sorunu, Danıştay Onbirinci Dairesi'nin 18 Nisan 2007 tarihli olumsuz kararından sonra, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı'nda (TÜİK) 19 yıl çalıştırılan bir geçici personelin bu kamu işverenince iş sonu tazminatı ödenmesi isteminin reddedilmesi üzerine gündeme geldi. Bu konudaki yönetsel işlemin iptali istemiyle açılan davada, İkinci Daire ret işlemini hukuka aykırı bulmadı. Davacının itirazı üzerine uyuşmazlık, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca (İDDK) incelendi. Yargı süreci, “direniş çadırları”nın 2 Mart 2010 günü sökülmesinden iki hafta kadar sonra, İDDK'nin bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu savunduğu 18 Mart 2010 tarihli kararıyla (YD. İtiraz No: 2009/1036) sürdü ve itirazın yaptığı başvuruyla, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitti.

Anayasa Mahkemesi ise, 30 Mart 2011 tarihinde, 4/C'nin Anayasa'ya aykırılığı savını oyçokluğuyla reddetti.² Gereğçeli karar, ancak yedi ay sonra Resmi

¹ Mesut Gülmez, “4/C”, **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu, II, Bildiriler**, (Yay. Haz.: Mesut Gülmez, Nağihan Durusoy Öztepe, Nergis Mütevellioglu, Oğuz Karadeniz, Handan Kumaş), Petrol-İş Yayını, İstanbul, Ekim 2010, s. 70-73.

² <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=gundem&id=323>, Erişim: 30.03.2011.

2010/6 Esas sayılı kararın sonucu, 30 Mart 2011 günü şöyle açıklanmıştı:

“1- 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4 maddesinin (C) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkranın “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ...”

Gazetede yayımlandı.³

AYM'nin bu “*totolojik karar*”ını değerlendirmeden önce, dava sürecini ve İDDK'nin AYM kararında aynen yinelenen Anayasa'ya aykırılık kararını inceleyip değerlendirmeyi, konunun bütünlüğü, yani İDDK'nin aykırılık gerekçeleri ile AYM'nin ret gerekçelerini karşılaştırabilmek yönünden yararlı gördüm.

Öte yandan, doğal olarak AYM kararında yer almayan, ancak karara esin kaynağı olduğunu düşündüğüm karşıoy yazısını da ele alıp ayrıntılı biçimde değerlendirmeyi, incelemenin bütünselliği için kaçınılmaz saydım.

İDDK'nin İtirazaen Başvurusu

Dava Süreci

Davacı, 1 Aralık 1989 tarihinden başlayarak her yıl yenilenen “zincirleme” hizmet sözleşmeleriyle 4/C'li olarak çalışırken, sözleşmesi 26 Aralık 2008 tarihi itibarıyla sona erdirilen bir kişidir. Anlaşıldığına göre hizmet sözleşmesi, bir yılın dolmasına beş gün kala, 2009 mali yılı için yeniden düzenlenmedi. Belirli süreli olduğundan, sözleşme kendiliğinden sona erdi. Böylece, 19 yıl çalışarak “geçici personellik statüsü” süreklilik ve düzenlilik kazanan 4/C'li davacı, kendisine “iş sonu tazminatı / kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle işverene başvuruda bulundu. Ancak TÜİK Başkanlığı, 17.2.2009 günlü ve 743 sayılı yönetsel işlemle bu başvuruyu reddetti. Bunun üzerine, hizmet sözleşmesinde yer alan “*sözleşmenin feshinde ihbar, kıdem veya sair adlar altında herhangi bir tazminat ödenmez*” hükmünün ve bütün bunların dayanağı olan 14.12.2007 günlü ve 2007/13014 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 8. maddesinin 3. fıkrasının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açıldı.

Danıştay İkinci Dairesi, 6.10.2009 günlü, E: 2009/3097 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması istemini reddetti ve dosya, davacının itirazı üzerine İDDK'ye geldi.

Davacı, “kazandığı iş sonu tazminatı / kıdem tazminatının iş akdinin sona erme tarihi olan 26.12.2008 tarihinden itibaren hesaplanacak en yüksek banka reeskont faiziyle birlikte hesaplanarak tarafına ödenmesi istemiyle”, 30.01.2009 tarihinde davalı idareye başvuruda bulundu. Ancak işveren TÜİK, “657 sayılı Kanun'un 4/C maddesi hükmüne istinaden her yıl için farklı olarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararı uyarınca istihdam edildiği, statüsünün ‘işçi’ veya ‘geçici işçi’

bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

3- 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ...” bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYÇOKLUĞUYLA,

- Yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE. OYBİRLİĞİYLE.”

³ **Resmi Gazete**, 21 Ekim 2011, Sayı: 28091.

olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı, ilgili hizmet sözleşmesi ve Bakanlar Kurulu kararında da bu yönde (bir) düzenleme(nin) yer almadığı, sözleşmede belirlenen tarih itibariyle sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği, bu nedenle kendisine kıdem tazminatı / iş sonu tazminatı ödenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle”, bu başvuruyu geri çevirdi. Görüldüğü gibi ret kararının gerekçesi, 4/C’ye dayanarak çıkarılan Bakanlar Kurulu kararı ve onu yineleyen hizmet sözleşmesi, kısacası “4/C pozitif hukuku”dur.

TÜİK’te 2008 mali yılında “(1) yıldan az süreli olmak üzere, aynı anda en çok 1.800 kişinin, geçici personel olarak çalıştırılmasına ilişkin” Bakanlar Kurulu kararının “dava konusu 8. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ‘*Sözleşmenin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde ilgiliye, ibbar, kıdem ve sair adlar altında bir tazminat ödenmez*’ kuralı, davacı “geçici personelin Hizmet Sözleşmesi’nin 6. maddesinin “ç” fıkrasında da aynen yinelenmişti.

Davayla ilgili yasa kuralları olarak, 657’nin tüm bentleriyle 4. maddesinin yanı sıra 5429 sayılı ve 10 Kasım 2005 tarihli Türkiye İstatistik Kanunu’nun “Ödemeler” başlıklı 49. maddesini de aktaran İDDK, başvurunun bu kuralların Anayasa’nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı iddiasıyla yapıldığını belirtti.

İDDK’nin itiraz gerekçesini dayandırdığı bu maddeler arasında, Anayasa’nın bazı maddelerinin, örneğin “devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin 5. maddenin, yasa önünde eşitlik ilkesini ayrımcılık yasağıyla birlikte düzenleyen 10. maddenin, sendikal haklara ilişkin 51-54. maddelerin ve kamu görevlilerine ilişkin 128. maddenin bulunmadığına dikkat çekmekte yarar görüyorum. Bununla birlikte İDDK, itiraz gerekçesinden aşağıda yapılan alıntıda da görüleceği gibi, hem 5. maddeyi andı, hem de eksikliğini vurguladığı yasal çerçevede yer verilmesi gereken anayasal güvenceler konusunda 49-55. maddeler ile 128. maddeden söz etti.

İDDK Kararı ve Değerlendirilmesi

İDDK, aykırılık savının dayanaklarını oluşturan anayasal düzenlemeleri aktardığı kararında, eksik olmakla birlikte kimi uluslararası belgelere de yer verdi. Sosyal güvenliğin “uluslararası hukuk belgelerinde” temel bir hak niteliğinde görül(düğünü)” belirterek, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 22. maddesi ile “9.4.2007 günlü, 26488 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 27.9.2006 günlü, 5547 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan, ‘AVRUPA SOSYAL ŞARTI’nın” (aslında Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın) “işten çıkarma durumunda korunma hakkı”nı güvenceye alan 24. maddesini aktardı. Hemen belirteyim ki Anayasa Mahkemesi kararında, ne bu iki belgeden, ne de başka ilgili ulusalüstü sözleşmelerden söz edildi.

4/C’nin Anayasa’ya aykırılığı savını temellendiren İDDK, istihdam biçimlerinin / çalışma yaşamının yasayla ve yeterli düzeyde düzenlenmesinin *sosyal devlet ve hukuk güvenliği* ilkelerinin gereği olduğunu; çalışma hakkının işlevselliğinin, 49. maddede öngörülen “gerekli tedbirleri alma” yükümlülüğü kapsamına girdiğine

kuşku bulunmayan “yasal düzenleme” ile sağlanabileceğini genel bir dille vurguladı, olası sınırlamaların hakkın özüne dokunamayacağını açıkça belirtti. Ardından da, kanımca doğru bir yaklaşımla, çalışma hakkını iş güvencesinin yanı sıra sosyal güvenlik hakkını da kapsayan bir genişlikte anladığını ortaya koydu ve korunmasının da, genel olarak insan haklarının bölünmezliği temelinde, “sosyal hakların bütünselliği” ilkesine bağlı olduğunun altını şöyle çizdi:

“Devlete çalışanları korumak, çalışma barışını sağlamak için tedbir almak yükümlülüğünü getiren Anayasanın 49. maddesi, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan ‘*Sosyal Hukuk Devleti*’ ve ‘*Hukuk Güvenliği*’ ilkeleri; *istihdam şekilleri belirlenerek çalışma hayatının yasayla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır*. Elbette temel bir insan hakkı olan çalışma hakkına ilişkin yasalarda, *çalışma hakkını fonksiyonel kılacak yeterli düzenlemelere yer verilmesi*, sınırlamaların da, Anayasanın 13. maddesine uygun biçimde, hakkın özüne dokunulmadan, ölçülülük ilkesine uygun yapılması gerekir.

Çalışma hakkının varlığı, yeterli ölçüde iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkı tanınmasına bağlıdır. Haksız, keyfi işten çıkarmaya karşı hukuki korumayı ifade eden *iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkını düzenlemeyen bir yasanın, çalışma hakkını koruduğundan söz etmeye olanak bulunmamaktadır*. İş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkını tanıyan, *istihdam şekillerini yeterli biçimde tanımlayıp, düzenleyen yasal düzenlemelerle çalışma hakkı korunabilir*. (alıntılardaki bu ve izleyen vurguları ben yaptım)

Nitekim memur, sözleşmeli personel, işçi statüleri, istihdam şekilleri, ayrıntılı biçimde yasalarla düzenmiş; belirtilen statülerde çalışanlara iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakları tanınmıştır.”

Çalışma hakkının korunmasında “yeterli yasal düzenleme” yapılmasının taşıdığı önemi vurgulayan ve geçici personel dışındaki istihdam biçimleri için bu yükümlülüğün yerine getirildiğini anımsatan İDDK, buna karşılık 657’nin 4/C maddesinde yapılan düzenlemenin yetersiz kaldığını, bu istihdam biçiminin salt adının konulmasıyla yetinilerek düzenleme yetkisinin yürütmeye bırakıldığını belirtti. Çalışma hakkının bileşenleri olarak gördüğü iş güvencesi ile sosyal güvenlik hakkı konusunda yasayla düzenleme yapılmamış olmasını eleştiren İDDK, yürütmeye tanınan yasal boşluğu doldurma yetkisinin, sosyal devlet ve hukuk güvenliği ilkelerinin yanı sıra *yasama yetkisinin devredilmezliği* kuralıyla da bağdaşmadığını şöyle savundu:

“... sadece ‘geçici personel’ adı verilen statüden söz edilmekle yetinilip; bu istihdam şeklinin kapsamı, çalışanların hak ve yükümlülükleri belirlenmeksizin, bu konuda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle yürütme

organına bırakılmıştır. Yasama organı tarafından, ***bir istihdam şeklinin yalnızca adı konulup, düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkının düzenlenmemesi***, Anayasanın 49. maddesine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7. maddesine ve ***sonuçta çalışma hakkının özünün zedelenmesi*** nedeniyle de 13. maddesine aykırı bulunmaktadır.”

4/C’de “güvence eksikliği” bulunduğu altını çizen İDDK, bunun “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği sağlayan devlet” biçiminde tanımladığı 2. maddedeki sosyal devlet ilkesinin yanı sıra, 5. ve 49. maddelerdeki kurallarla bağdaşmadığının altını çizdi; geçici personele ilişkin yönetsel düzenlemelere temel olmak üzere bir “çerçeve yasa” çıkarılmasını ve bu yasada da, ya 128. maddede ya da 49-55. maddelerde öngörülen güvencelerin benzerlerine yer verilmesi gerektiğini şöyle belirtti:

“Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesi’nin yerleşik kararlarına göre, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani *sosyal Devlet* niteliğiyle, Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesindeki ‘... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal *engelleri kaldırma* ...’ kuralıyla, ‘Çalışma hakkı ve ödevi’ başlığı altındaki 49. maddesinin ikinci fıkrasında vurgulanan ‘Devlet, ... çalışanları korumak ... için *gerekli tedbirleri alır*’ biçimindeki uyulması zorunlu hükümlerle, ***657 sayılı Yasa’nın 4/C maddesindeki çalışanların güvence eksikliğini bağdaştırmak olanağı yoktur***. O halde Devlet, genel idare esasları dışındaki hizmetlerde birer ‘çalıştırılan’ konumunda bulunan ***657 sayılı Yasa’nın 4/C maddesi kapsamındaki personelin hukuksal statüsünü belirlemek ve istihdam güvencesini sağlamak için, yapılacak idari sözleşmelere esas olmak üzere, Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memur ya da diğer kamu görevlilerine, 49.-55. maddelerde işçilere ilişkin güvencelerin benzerlerini çerçeve bir yasa ile kurallara bağlamak zorundadır***.”

İDDK’nın, altını önemle çizdiği güvence eksikliğinin çerçeve yasayla giderilmesi amacıyla göndermede bulunduğu Anayasa’nın 128. maddesi ile 49-55. maddeleri, aslında Anayasa düzeyinde “kural” olan iki istihdam biçiminin temel ilkelerini koyan kuralları kapsar. 128. maddede olduğu gibi, 49-55. maddelerde de, devletin yükümlülüğü “gerekli tedbirleri alma”nın yanı sıra, “kanunla düzenleme” olarak da tanımlanır. Kuşkusuz, alınacak “gerekli tedbirler” arasında, yasal düzenleme yapılması da vardır ve bu, koruma yükümlülüğünün “hukuksal” boyutlu olanıdır. Anayasal hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayan kuralların, özellikle İDDK kararında da değinilen 4-55. maddelerin “kural” olan “memurluk”

ve “işçilik” dışında, oluşturulacak “istisnai” istihdam biçimlerinin çalışanları için de ilkece geçerli olduğuna kuşku yoktur. Bu hakların özüne dokunma ve ölçülülük ilkesine aykırılık yasakları ile hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma hakkının, geçici personel için de uygulanması gerektiği açıktır. **Anayasa'nın koruyucu kuralları, istisnai istihdam biçimlerinin emekçilerini dışlamaz.** Bunun tersinin düşünülmesinin, bu bağlamda İDDK'nın çıkarılmasını “zorunlu” gördüğü çerçeve yasayla düzenleme yapılmamış olmasının olumsuz sonuçlarından biri de, yasa önünde eşitlik ilkesinin ihlali olur ve olmuştur. Bunun için, bir yandan Bakanlar Kurulu'nun Tekel direnişi öncesindeki ve sonrasındaki kararlarını, öte yandan da 4/C kararnameleri ile öteki istihdam biçimlerine ilişkin yasal düzenlemeleri karşılaştırmak yeterlidir.

Sonuç olarak İDDK, 10. maddede öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesinden açıkça söz etmemiş ve aykırılık savını dayandırdığı maddeler arasında 10. maddeyi doğrudan anmamış olmakla birlikte, kanımca doğru bir yaklaşımla, 4/C'deki yasal çerçeveden yoksun yetersiz düzenlemenin, Anayasa'nın sıralanan yedi ayrı maddesinin yanı sıra, bunlar arasında yer verilmeyen 10. maddesindeki ayrımcılık yasağına da aykırı olduğunu savundu:

“Yasal bir çerçevenin bulunmaması sonucunda davacı ile aynı durumda olanlara iş sonu tazminatı adı altında bir ödemede bulunulmazken özelleştirme uygulamaları sonucunda işsiz kalanlardan 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi kapsamında çalışmayı kabul edenlerle sınırlı olarak 21.12.2009 günlü, 2009/15279 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla, işsonu tazminatı ödenmesi konusunda düzenleme yapılarak, aynı statüde çalışanlar arasında da farklı uygulama yapılmasına neden olunmuştur.

Sonuç olarak 657 sayılı Yasanın 4. maddesinin C bendinin; istihdam şekli tanımlanıp, ***iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakkı belirlenmeden*** sadece ***“geçici personel” olarak adlandırılan statüyü düzenleme yetkisinin bütünüyle Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması*** nedeniyle Anayasanın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.”

Görüldüğü gibi İDDK, içeriğinden söz etmekle birlikte, özelleştirme işsizleri için –AYM'ye başvurmasından 42 gün önce Resmi Gazete'da yayımlanan-2009/15279 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yapılan ve kimi iyileştirmeler getiren değişikliklerle, aslında Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesine aykırı bir düzenleme yapıldığını doğrudan bir anlatımla belirtmedi. Kanımca İDDK'nın, özelleştirme işsizi 4/C'liler ile diğer 4/C'liler (bu davada TÜİK 4/C'lileri) arasında iş sonu tazminatına ilişkin olarak ortaya çıkan farklılığa değinip biçimsel eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini belirtmiş olmasına karşın, 4/C kuralının aykırı olduğu ileri sürülen anayasal düzenlemeler arasında 10. maddeye açıkça yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Çünkü farklılık, yani

kimi anayasal hakları tümüyle ortadan kaldırarak hakkın özünü zedeleyen doğrudan ayrımcılık, yalnızca farklı statülerdeki 4/C'liler arasında değil, genel olarak tüm 4/C'liler ile 657 sayılı yasanın 4/A, 4/B ve 4/D bentlerinde tanımlanan memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler arasında da söz konusudur. Geçici personelin yasal tanımında “işçi sayılmadıkları”nın belirtilmiş olması, haklardan tümüyle yoksun bırakılmalarının dayanağı olamaz. Böylesi bir düzenlemede yer alma olasılığı yüksek yasakçı ve kısıtlayıcı düzenlemelerin, ölçülülük ve eşitlik ilkeleriyle de bağdaşmayacağı açıktır. Anayasal istihdam biçimlerinden birinin kapsamı dışına çıkarılırken, karşılığında, oluşturulan farklı bir statünün koruyucu temel ilkelerine yer verilmesi ve takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi gerekirdi.

Sonuç olarak İDDK oyçokluğuyla verdiği kararında, 4/C için saptadığı Anayasa’ya aykırılık nedenlerinin 5429 sayılı yasanın 49. maddesi yönünden de geçerli olduğunu belirtti. 657’nin 4/C kuralı gibi, 49. maddenin 2. fıkrasında yapılan düzenlemenin de Anayasa’nın anılan aynı maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşan İDDK, Anayasa Mahkemesi’ne başvurup yürütmenin durdurulması isteminde de bulundu:

“Öte yandan, 5429 sayılı Yasanın 49. maddesinde de 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen personele, çalıştığı dönemde yapılacak bazı ödemelere yer verilmiş; ancak, **statüleri hakkında düzenleme yapılmayarak**, bu konudaki düzenleme, *sınırları çizilmeksizin Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır*. Dolayısıyla yukarıda 657 sayılı Yasanın 4/C maddesi bağlamında belirtilen Anayasaya aykırılık nedenlerinin burada da geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/C maddesi ile 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun 49. maddesi’nin ikinci fıkrasının **Anayasa’nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına**, bu kuralların Anayasa’ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilmeye kadar **yürürlüklerinin durdurulmasının istenilmesine**, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, **18.3.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi.”**

Görüldüğü gibi İDDK’nin iptal isteminin temel gerekçesi, 4/C’de olduğu gibi, 5429 sayılı yasanın madde 49/2 kuralında da geçici personel istihdamının yeterli yasal çerçeveden yoksun olmasıdır.

Karşıoy Yazısı ve Değerlendirmesi

Üyelerden kimileri, İDDK'nin çoğunluk görüşüne katılmadı ve kanımca, aynı çizgideki Anayasa Mahkemesi kararına esin kaynağı olduğu anlaşılan ortak bir karşıoy yazısı kaleme aldı.

AYM kararının “itirazın gerekçesi” bölümünde yer almayan “karşıoy” yazısına göre, 4/C kuralının Anayasa’ya aykırılığı sorununun çözümünde “öncelikle saptanması gereken nokta, Anayasa’ya aykırılık savının Anayasa’nın hangi maddelerine göre inceleneceği konusu”dur. Davacı, “kamu görevlisi” statüsündedir ve bu nedenle de, Anayasa’ya aykırılık savının ve davacının hukuksal durumunun 2, 7, 13, 17, 48, 49 ve 60. maddeler değil yalnızca 128. madde çerçevesinde incelenmesi gerekir.

Kanımca, özetlediğim “karşıoy” yazısının, dayandığı gerekçeler itibarıyla tartışılmasında yarar vardır. Anayasa’ya aykırılık savının, davacı 4/C’linin “*kamu görevlisi ve işçi olmadığının belirlenmesinden hareketle*” incelenmiş olduğunun ileri sürüldüğü karşıoy yazısında, önce uyuşmazlığın nasıl nitelendirildiği konusu açıklandı. Sonra da, özetle; “kamu personeli” kavramının bir tanımı yapıldı ve “memurlar ve diğer kamu görevlileri(nin), kariyere dayalı, statü rejimi içinde kamu hizmetini yerine getirirken; sözleşmeli ve geçici personel ile işçiler(in), sözleşme rejimine bağlı olarak ‘kamu istihdamı’ içinde yer al(dıkları)” belirtildi. İtirazen incelenen kararı veren İkinci Daire’de; “*uyuşmazlı(ğın), kamu görevlilerine ilişkin mevzuata göre çözümlenerek sonuca ulaşıld(ığının)*” ileri sürüldüğü karşıoy yazısında, konunun İDDK’de görüşülmesi aşamasında da, “Daire görevi ile ilgili olarak herhangi bir duraksama yaşanma(dığı), ***davacı kamu görevlisi statüsünde görüldüğü*** ve uyuşmazlık kamu görevlileri mevzuatından kaynaklandığı için dosya(nın) incelemeye alın(dığı)” savunuldu.

Bu görüşler, karşıoy yazan üyeleri şu sonuca götürdü: “Uyuşmazlığın bu şekilde nitelendirilmesi, konunun Anayasa’nın 128. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesini zorunlu kıl(ar).” Dolayısıyla da Anayasa’nın, İDDK’nin –asında eksik olarak- belirttiği öteki maddeleri göz önüne alınamaz!

Kanımca bu, geçici personeli, sosyal ve sendikal haklar yönünden Anayasa dışına atmaya eşdeğer, yüzeysel ve hatta hukuk dışı bir yaklaşımdır. “Kamu görevlisi” olmak, gerek öznesi “herkes” yada “çalışanlar” olan anayasal hak ve özgürlüklerden dışlanma, gerekse eşitlik, sosyal adalet, ölçülülük gibi anayasal ilkelerin kapsamı dışında bırakılma gerekçesi olamaz.

Bu amaçla 128. madde ile 657’nin 4. maddesini aktaran ve ardından bu maddelerde geçen kavramların geçici personelin hukuksal statüsünün belirlenmesi açısından önem taşıdığını ileri süren karşıoy yazısına göre:

“Anayasa’nın yukarıda değinilen 128. maddesi ile memurların ve diğer kamu görevlilerinin tüm özlük işleri yasallık ölçütüne bağlanmış ve memur güvencesini içinde taşıyan *yasallık ölçütüne, sözleşmeli ve geçici personel*

alınmamıştır. Anılan madde, ‘Genel idare esaslı kamu hizmeti’, ‘Asli ve sürekli kamu görevi’, ‘Memurlar ve diğer kamu görevlileri’ ölçütlerini koyarken, uyuşmazlık konusu geçici personeli bu ölçütler içinde düşünmemiş, bir başka anlatımla geçici personeli, asli ve sürekli görev tanımı dışında kalan ikinci halka kamu personeli olarak karşımıza çıkarmıştır.”

Kanımcı karşıoy yazısı, 128. maddede öngörülen “yasallık” ölçütünün niteliği konusunda eksik bir değerlendirme yapmıştır. 128. madde, bir “anayasal güvence” olarak, memurlar ve diğer kamu görevlileri için yasayla düzenleme yapılmasını zorunlu tutmuştur. Bu düzenleme, temel ilkeleri gösteren bir “çerçeve yasa” çıkarılması anlamına gelmez. Madde 128’deki “yasallık” koşulunun karşıt kavramından, memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki çalışanlar için oluşturulacak istihdam biçimlerinde yasayla düzenleme yapma zorunluluğu bulunmadığı ve yürütmenin düzenlemeler yapabileceği sonucu çıkarılamaz. Geçici personeli kapsayan anayasal haklardan kimileri de, yasayla düzenleme yapılmasını öngörmektedir. Öte yandan, 128. madde çerçevesinde ve karşıt kavramından yola çıkarak, yasallık koşulunun geçici personel yönünden “anayasal zorunluluk” olmadığı görüşü bir an için kabul edilse de, geçici personel açısından söz konusu olanın 128. maddenin memurlar ve diğer kamu görevlileri için öngördüğü gibi “**ayrıntılı bir yasal düzenleme**” değil, yalnızca hak ve özgürlükler konusunda temel ilkelere yer veren ve yönetsel düzenleme yetkisinin sınırlarını gösteren bir “**çerçeve yasa**”dır.

Anayasa’da bunu engelleyen hiçbir kural bulunmadığı gibi, tersine öznesi “herkes” ve “çalışanlar” olan bazı sosyal ve sendikal haklar için yasayla düzenleme konusunda anayasal zorunluluk vardır.

Oysa karşıoy yazısında; Anayasa’nın 128. maddesi ile 657’nin 4. maddesindeki “genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetleri”, “asli ve sürekli görev” kavramları da açıklanmış ve geçici personelin, 128. maddedeki bu kavramlara uygun bir hizmet görmemesi nedeniyle statüsünü yasayla belirleme zorunluluğunun bulunmadığı ve tek yanlı yönetsel işlemlerle düzenleme yapılabileceği görüşü savunulmuştur:

“657 sayılı Yasa’nın 4. maddesinin (C) bendi kapsamında istihdam edilen **geçici personel, genel idare esaslarına göre yürütülen, asli ve sürekli bir hizmet görmemekte(dır.) (...) Bu personelin, idare ile olan bağlılıkları ‘kanuni’ bir ilişkiye dayanmayıp, ‘akdi’ bir ilişkiye dayalı bulunduğundan**, statülerine yönelik düzenlemenin sınırlarının kanunla çizilmesine gerek bulunmamaktadır. Sözleşmeli kamu görevlilerinin hukuki durumu, idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenebileceği gibi, bu hukuki durumun idare tarafından tek yanlı olarak değiştirilmesi de mümkündür.”

Kuşkusuz sorun, işveren yönetimle ilişkisi “sözleşme”ye dayalı olanlar için, yönetimin tek yanlı düzenleme yapıp yapmaması değil, bu yetkinin çerçevesi çizilmiş ve sınırları gösterilmiş bir yasal düzenlemeye uygun olarak kullanılıp kullanılmamasıdır. Yönetim, hukuk devleti ilkesi gereğince, ancak yasayla sınırları gösterilen bir alanda tek yanlı düzenleme ve değişiklikler yapma yetkisini kullanabilir. Geçici personelin gördüğü işlerin nitelik olarak memurlar ve diğer kamu görevlilerinden farklı olmasının, yönetime –anayasal haklarda mutlak yasaklamaya kadar varan- dilediği düzenlemeleri yapma yetkisi vermeyeceği açıktır.

Karşioy yazısında, daha önce de değindiğim gibi, geçici personel istihdamının uygulamada amacı dışında genişletildiğinin ve “iş hukukunda yerinin bulunmadığı”nın altı çizilmiş olmakla birlikte, bu uygulamaların Bakanlar Kurulu’na sınırları yasayla çizilmemiş geniş bir “takdir yetkisi” tanınmış olmasından, koruyucu bir temel yasal çerçeve boşluğundan kaynaklandığı görmezlikten gelindi. Bakanlar Kurulu kararlarıyla eğitim / öğretim hizmetleri alanında bile “sapma” 4/C uygulamalarına başvurulduğu; üstelik Onikinci Daire’nin oybirliğiyle aldığı 29 Ocak 2007 tarihli kararla, gerek Bakanlar Kurulu’nun MEB 4/C’lilerine ilişkin 2006/11314 sayılı kararının, gerekse MEB’nin 2006/96 sayılı genelgesinin yürütülmesinin durdurulması istemini kabul ettiği ve sonunda 1998-1999 öğretim yılında başlatılan bu “sapma” uygulamadan vazgeçildiği göz önüne alınmadı. AYM kararında da, temelde yasal çerçevesizlik sonucu olan sapma 4/C uygulamaları yok sayılarak, salt otuzbeş sözcük üzerinden sonuca ulaşıldı.

Kanımcı karşioy yazısında; bir yandan, sürekli yenilenen hizmet sözleşmeleriyle geçici personel istihdamının yasal amacı dışında genişletildiği ve “anılan personelin sürekli işlerde çalıştırıldı(ğı)” haklı olarak vurgulanırken, öte yandan bunun “uygulama ile ilgili bir durum” olduğu savunularak bu durumun İDDK’nın eksikliğine vurgu yaptığı “çerçeve yasa” yokluğundan ileri geldiğinin görülmemesi, tersine bu durumun “**Anayasa’ya aykırılığın saptanmasında belirleyici olması(nın) kabul edileme(yeceğinin)**” savunulması ve bu görüşün de “**Anayasa yargısı(nın), uygulamalar gözetilerek değil, yasa hükümleri incelenerek yapılmakta**” olduğunun belirtilmesi ciddi bir çelişki oluşturmaktadır. Uygulamanın yürürlükteki yasa kurallarının amacını aştığı, özellikle de anayasal hakların açıkça kısıtlandığı ve yasaklandığı boyutlar kazandığı, bunun temelinde de yasanın çerçevesini belirtmeksizin tanıdığı düzenleme yetkisinin sınırlarını aşmanın bulunduğu ortadayken, anayasal yargı denetiminin biçimsel bir yaklaşımla “yasa hükümlerinin incelenmesi” ile sınırlı olduğu savunulamaz. Anayasa’nın “herkes”e ve çalışanlar’a tanıdığı sosyal ve sendikal hakları güvenceye alan maddelerinin tümüyle göz ardı edilmesinin ve yönetsel düzenlemelerle yasaklanarak doğrudan ayrımcılık gözetilmesinin ise, hiçbir hukuksal dayanağı ve geçerliği yoktur.

Karşioy yazısında ayrıca, 4/C’li davacının 506 sayılı yasaya bağlı olduğu ve “çalıştığı sürece sosyal güvenlik yönünden güvencede bulunduğu” için bu konuda bir sorun (yani çerçevesi yasayla çizilmesi gereken bir güvence eksikliği sorunu)

bulunmadığı savunuldu ve sonuç olarak da, Anayasa'ya aykırılık savının yalnızca 128. madde çerçevesinde incelenip değerlendirilmesi gerektiği görüşü yineleni.

Öncelikle, karşıoy yazısında yapılan “*ilân-ı malûm*” niteliğindeki şu saptamaların doğru olduğunu belirtelim: Geçici personel, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde öngörülen dört istihdam biçiminden biridir. Madde 128/1 anlamında “asli ve sürekli” nitelik taşıyan bir görev yerine getirmez. İstihdam koşullarının 128/2’de öngörüldüğü üzere “yasa” ile düzenlenmesi konusunda “anayasal bir zorunluluk” yoktur. Kamu işvereniyle ilişkisi “yasa” değil “sözleşme” temeline dayanır. Bu konularda, İDDK kararında da farklı bir yaklaşım benimsenmiş değildir.

Ancak kanımca karşıoy yazısı sorunu, yukarıda da belirttiğim gibi, geçici personeli anayasal haklardan yoksun kalma sonucu doğuran, onları tümüyle Anayasa dışına atan çok dar bir çerçevede ele almıştır. Örneğin yer yer dile getirdiğim görüşlere ilişkin şu sorular, bu dar ve yüzeysel yaklaşımı ortaya koymaya yeterlidir:

Geçici personel için “yasallık ölçütü”nün anayasal bir zorunluluk sayılmamış olmasından, istihdam koşullarının tümü için tek yanlı yönetsel işlemlerle Anayasa'ya ve yasaya, kısacası hukuka aykırı düzenlemeler yapılabileceği sonucuna ulaşılabilir mi? Hiçbir yada en azından temel ilkeleri gösteren yasal çerçeveye gerek olmaksızın, karşıoy yazısındaki anlatımla, “sözleşmeli kamu görevlilerinin hukuki durumu, idare tarafından düzenleyici işlemlerle belirlenebil(ir)” ve değiştirilebilir mi? Daha önemlisi, tek yanlı bu düzenlemeler yapılırken, kimi zaman “herkes”, kimi zaman “çalışanlar” ve kimi zaman da “işçiler” için anayasal güvenceye bağlanmış sosyal ve sendikal haklar kısıtlanıp yasaklanabilir mi? Salt 128. maddenin yasallık koşulunu “zorunlu” görmemiş ve 657’nin de geçici personeli “sözleşme” ile çalıştırılan bir kimse olarak tanımlamış olmasına dayanarak, bu anaysal hakların kimilerinden tümüyle yoksun bırakan yönetsel düzenlemeler yapılabilir mi? Bu durum, sonuç olarak “hukuk devleti” ilkesiyle bağdaşır mı?

Yanıtlanması gereken bir başka soru da şudur: 657’nin 4. maddesindeki “sözleşmeli personel”, “geçici personel” ve “işçiler”, sözleşme temeline dayalı “kamusal” istihdam biçimleri çerçevesinde çalıştırıldıklarına ve karşıoy yazısındaki anlatımla “sözleşmeli kamu görevlileri” olduklarına göre, yasallık ölçütü bunların hiçbiri için zorunlu değil midir? Yönetim, yasa koyucunun yerine geçip tek yanlı işlemlerle dilediği düzenlemeleri yapabilir mi? Hatta sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, anayasal hakları göz ardı eden kurallar üretebilirler mi? Örneğin, 657’nin dört istihdam biçiminden biri olan “işçilik / işçiler” konusunda, yasayla düzenleme yapılmayabilecek midir? Anayasa’nın 49-55. maddelerindeki sosyal ve sendikal haklardan öznesi “herkes” ve / yada “çalışanlar” olanları konusunda da, yürütme, yasallık koşulundan bağışık biçimde dilediği yasaklayıcı ve kısıtlayıcı düzenlemeyi yapabilecek midir?

Sanıyorum ki karşıoy yargıçları da, bu sorulara olumlu yanıt ver(e)meyecektir. Çünkü Anayasa, ister “statü” ister “sözleşme” temellerine dayansın, istihdam biçimlerinin maddi içeriğini oluşturan sosyal ve sendikal haklardan kimileri için “yasa” ile düzenleme yapılmasını, hukuksal güvencenin “yasa” düzeyinde de sürdürülüp sağlanmasını zorunlu görmüş, devletin çalışanları koruma yükümlülüğünün yasayla gerçekleştirilmesini öngörmüş, kısacası yasallık ölçütü aramıştır. Dolayısıyla, bir istihdam biçiminin “sözleşme” temeline dayanması ve 128/1’in kapsamı dışında kalması, kendiliğinden “idare”ye tek yanlı düzenleme yapma yetkisi vermiş sayılmaz. Hatta, yasada öngörülmüş ve yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmış olmasından da, doğrudan Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna ulaşılamaz ve Anayasa’ya aykırılığın tartışılması gerekir. Çünkü, ister yasa koyucu ister yürütme yapmış olsun, anayasal haklara getirilen kısıtlama ve yasakların Anayasa kurallarına ve sınırlama rejimine uygun olması, hakların özüne dokunmaması, eşitlik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmaması gerekir.

Karşıoy yazısında göz önüne alınmayan bir başka önemli nokta da şudur: İDDK kararında temel ilkeleri içeren bir “çerçeve yasa”dan söz edilmiş, Anayasa’ya aykırılık bunun yokluğuna, 4/C’deki temel ilkelerden yoksun düzenlemenin yetersiz oluşuna dayandırılmıştır. Oysa madde 128/2’de, 1. fıkrada tanımlanan “memurlar ve diğer kamu görevlileri” için sayılan konularda “kanunla” düzenleme yapılması öngörülmüş, daha doğrusu zorunlu tutulmuştur. Burada öngörülen, belirttiğim gibi, bir çerçeve yasa değil, ayrıntılı yasal düzenlemedir. Çerçeve yasanın, yasayla ayrıntılı biçimde yapılması gereken düzenlemeleri içermeyeceği, istihdam biçiminin temel ilkelerine ilişkin anayasal güvence kurallarına yer vermekle yetineceği açıktır. Kanımca, yasal düzenleme / yasallık koşulu ile çerçeve yasa arasındaki bu ayırım gözetilmeksizin, salt istihdam biçiminin “sözleşme” temeline dayandığı ve geçici personelin 128. madde kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle yönetimin düzenleme yetkisinin bulunduğu ve böylece de 128. madde dışındaki kurallar açısından anayasal yargı denetiminin yapılamayacağı, Anayasa’ya aykırılığın incelenemeyeceği sonucuna ulaşılmaması, sonuç olarak Anayasa güvencesindeki hak ve özgürlüklerin yönetimin takdirine terkedilmesi ve yok sayılması anlamına gelmektedir. İstihdam biçiminin yasal adı ne olursa olsun, maddi içeriği nasıl tanımlanmış bulunursa bulunsun, memurlar ve diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi bir “anayasal zorunluluk” olarak “yasallık” koşulu getirilmemiş olsa da, Anayasa güvencesindeki temel hakların yok edilemeyeceği, güvenceden yoksun bırakılamayacağı ve Bakanlar Kurulu’nun tüm 4/C kararlarında olduğu gibi büsbütün yasaklanıp özüne dokunulamayacağı açıktır.

Karşıoy yazısı, yalnızca geçici personel için değil aynı zamanda sözleşmeli personel ile işçiler için de, örnekleri Bakanlar Kurulu’nun 4/C kararlarında görüldüğü üzere, Anayasa’nın sosyal ve sendikal haklara ilişkin maddelerindeki güvencelerin yönetsel düzenlemelerle çiğnenmesine olanak veren dar bir yaklaşımın ürünüdür ve anayasal dayanaktan yoksundur.

Üzülerek belirtmeliyim ki, Anayasa Mahkemesi de, temelde benimsediği benzer bir yaklaşımla ret sonucuna ulaştı.

Anayasa Mahkemesi Kararı ve Değerlendirilmesi

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, İkinci Daire'nin yukarıda değinilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararının kaldırılması istemiyle yapılan başvuru üzerine, “itiraz konusu kuralların Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına var(dı).” Anayasa Mahkemesi ise, bir karşı oyla, yani ezici bir çoğunlukla aldığı 30 Mart 2011 tarihli kararında;⁴ “1- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinin (C) fıkrasının; 2- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa’nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi”ni reddetti.

Kararın Sayısal Boyutu

Kanımcı, alışılmış bir yöntem olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi kararını hukuksal boyutuyla derinlemesine irdeleyip değerlendirmeden önce, kararın ana ve alt başlıklarındaki sözcük sayıları temelinde bazı gözlem ve saptamalar yapmak yararlı olacaktır. Kararın özüne ilişkin gerekçesinin oylum yönünden ilk bakışta görülebilen yetersizliği nedeniyle başvurduğum bu yöntem, kararın temel konusunu oluşturan 4/C’ye ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın yedi ayrı maddesine aykırı olduğu yolundaki savın incelenip hukuksal yönden değerlendirildiği ana bölümünün, kararın bütünü içindeki oransal ağırlığını görmemize yardımcı olacaktır.

Yüzde 51.7’lik bölümü İDKK’nin “İtiraz Gerekçesi”ne ait olan AYM kararında asıl sorun, kuşkusuz 4/C’nin Anayasa’ya aykırılığı savı ve özünün incelenmesidir. Oysa bu soruna, kararın toplam sayısal oylumunun ancak yüzde 16.3’lük bölümü ayrılmıştır (Çizelge 1). Bu, daha ilk bakışta, inceleme ve değerlendirmenin derinlik ve titizlik taşımaktan uzak kaldığının, ret kararının doyurucu gerekçelerle temellendirilemediğinin ve sonuç olarak yüzeysel olduğunun ipuçlarını verir niteliktedir. Kaldı ki, bu bölümde bile, sorunun özüne ilişkin satırlar çok sınırlıdır. Gerçekten de, AYM’nin ret kararının asıl gerekçesini oluşturan üç paragraf, ancak ve yalnız 204 sözcükten (ve genel sözcük toplamının ancak %3.7’sinden) ibarettir.

⁴ Esas Sayısı: 2010/46, Karar Sayısı: 2011/60, Karar Günü: 30.3.2011; **Resmi Gazete**, 21 Haziran 2011, Sayı: 28091.

Çizelge. 1.- Anayasa Mahkemesi Kararının Kendi Sistematiğine Göre Sayısal Görünümü

KARARDAKİ BAŞLIKLAR	SÖZCÜK SAYILARI	ORANLAR (%)
Karar Bilgileri	15	
İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN	9	
İTİRAZIN KONUSU	44	
I- OLAY	105	1.9
II- İTİRAZIN GEREKÇESİ	2.829	51.7
III- YASA METİNLERİ	296	5.4
A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları	(268)	4.9
B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları	(25)	
ARA TOPLAM	3.298	60.3
IV- İLK İNCELEME	58	
V- ESASIN İNCELENMESİ	1.448	26.5
A- Sınırlama Sorunu	(193)	
B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu	(1.221)	22.3
1- 657, m. 4/C Fıkrasının İncelenmesi	(892)	16.3
2- 5429, m. 49/2'nin İlgili Bölümünün İncelenmesi	(325)	5.9
VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ	74	1.3
VII- SONUÇ	186	3.4
KARŞIOY YAZISI:	408	7.4
GENEL TOPLAM	5472	100.0

Açıklamalar: Sözcük sayıları, Resmi Gazete'de yayımlanan karar metni temel alınarak hesaplandı. Sayılar, çizelgedeki başlıkları ve üyelerin adlarını da kapsamaktadır. Kararın altbaşlıklarının her birinin sözcük sayıları ayrıca hesaplanarak –ve ayrıca içinde yeniden verilerek- çizelgeye konuldu. Tüm oranlar, genel toplama göre hesaplandı.

Kararın Hukuksal Değerlendirmesi

AYM kararının, sözcük olarak toplam yüzde 53.6'sı, "Olay" ve "İtirazın Gerekçesi"ne ayrıldı. Bu oran, yasa metinleri de eklendiğinde yüzde 60.3'e çıkmaktadır. İtirazın gerekçesinde, yukarıda geniş biçimde alıntılar yaparak inceleyip değerlendirdiğim İDDK'nin Yüksek Mahkeme'ye başvuru kararının gerekçe bölümü aynen aktarıldı. İDDK kararının, "davaya konu olay ve davacının istemi", "yasa kuralları", "anayasal düzenlemeler", "anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi" altbaşlıklarının olduğu gibi aktarıldığı bu bölümde, doğal olarak karşıoy yazısına yer verilmedi. Ardından, Çizelgede görülen sıra içinde ve kimileri de birden fazla olmak üzere, yasal ve anayasal kurallar aktarıldı yada kimi sözcük değişiklikleri içeren açıklamalarla yinelendi.

Yüksek Mahkeme, "20.5.2010 gününde yap(tığı) ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin (ise) esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar

ver(erek)”, esasın incelenmesine geçti. AYM’ye “itiraz yoluyla yapılacak başvurular(ın), itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutul(duğunu)” göz önüne alarak, esasa ilişkin incelemenin 5429 sayılı yasanın 49. maddesinin 2. fıkrasının “657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) fıkrasına göre sözleşmeli olarak çalıştırılacak geçici personele ödenecek ücretler, ...” diyen bölümü ile sınırlı biçimde yapılmasına karar verdi. Bu düzenleme de, 4/C gibi yeterli yasal çerçeve sayılmadığından, ikinci iptal isteminin konusu oldu.

Anayasa Mahkemesi, kararının “Anayasa’ya Aykırılık Sorunu”nun ele alındığı bölümünün “1- 657 Sayılı Kanun’un 4. Maddesinin (C) Fıkrasının İncelenmesi” biçimindeki birinci alt başlığında; İDDK’nin 4/C’nin Anayasa’nın yedi ayrı maddesine aykırı olduğu yolundaki savını inceledi. İDDK’nin, özetle, 4/C’nin “**kapsamı, çalışanların hak ve yükümlülükleri ile iş güvencesi ve sosyal güvenlik hakları belirlenmeden**, düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle Bakanlar Kuruluna bırakıldığı, bu konuda yasal bir çerçevenin bulunmadığı” yolunda iki temel noktada toplanan savlarını anımsattı, bu düzenlemenin Anayasa’nın 2., 7., 13., 17., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğunun ileri sürüldüğünü yineledi.

Bunun ardından AYM, 4/C kuralını aktardı ve 2. maddedeki “sosyal hukuk devleti”nden söz etti ve İDDK’nin bununla “sosyal devlet”i amaçlamış olmasına karşın, bu anayasal tanımlamadaki “sosyal”i, yani “sosyal devlet” ilkesini görmezlikten gelerek hukuk devletinin aşağıdaki tanımını vermekle yetindi:

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.”

Aykırılık savında anılan Anayasa maddelerinin her birini sırayla ele alan ve kimileriyle ilgili kısa ve sıradan açıklamalar yapan AYM, yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7. maddeyi de aktardı ve kanımca bir çerçeve yasada bulunması gereken asgari içerik açısından önem taşıyan şu açıklamada bulundu:

“... **yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi**, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa’nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde **sınırlarını belirlemek koşuluyla** bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.”

Görüldüğü gibi AYM, yasama yetkisinin yönetime bırakılmasının koşullarını, genel bir anlatımla, “temel ilkeleri koyma”, “çerçeveyi çizme” ve “sınırları

belirleme” olarak sıralamıştır.

Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi’nin 18 Haziran 1985 tarihli kararında da benimsenmişti.⁵ Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın yürütme yetkisi ve görevinin kullanılmasına ilişkin 8. maddesinin anlamını şöyle açıklamıştır:

“Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirtildiği gibi, **Yasa Koyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek**, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda **sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak**, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle **yasalara aykırı olmamak üzere** birtakım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.”

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun, “temel ilkeleri koy(arak)”, “çerçeveyi çiz(erek)” ve “sınırları belirleyerek” yürütmeye yetki vermesi gerektiğini belirtmiş olmakla birlikte, 1985 tarihli yukarıdaki kararında da aradığı bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini, dava konusu düzenlemeyi irdeleyerek tartışmamıştır. Başka bir deyişle, 4/C’de yapılan somut düzenlemenin bu koşulların her birine uygunluğunu, yani otuzbeş sözcüklü düzenlemenin geçici personel istihdamının “temel ilkeleri”ni içerip içermediğini, yetki devri için zorunlu olan “yasal çerçeve”yi çizip çizmediğini, sınırlarını yeterince belirleyip belirlemediğini tartışılıp değerlendirmemiştir. Yüksek Mahkeme, 4/C’deki somut düzenleme çerçevesinde, istihdam biçimi olarak geçici personelin tanımında geçen öğelerin her birini incelemeksizin ve bu düzenlemede “temel ilkeler” yönünden eksiklik bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir tartışma yapmaya gerek bile görmeksizin, itiraz konusu 4/C kuralını aktararak yasal çerçevenin çizildiğini belirtip ret sonucuna ulaşmıştır. Verdiği tek örnek de, yasada değil Bakanlar Kurulu kararında yer alan bir kuraldır.

Anayasa’nın 17., 49., 60. ve 128. maddelerini de sırasıyla aktaran Yüksek Mahkeme, bunlardan yalnızca 49. madde konusunda, kısmen gerekçesinden esinlendiğini sandığım bir cümlelik şu ek açıklamada bulunmakla yetinmiştir:

⁵ Esas Sayısı: 1985/3, Karar Sayısı: 1985/8, Karar Günü: 18/6/1985, **Resmi Gazete**, 18.10.1985, Sayı: 18902.

AYM, 10 Ocak 1985 günlü, 3149 sayılı "Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkında Kanun"un Anayasa'nın 7., 8., 11., 128. ve 140. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemi"yle açılan bu davada, çerçeve yasada yer alması gereken temel kural ve ilkelerin neler olabileceği konusuna, bu kararının yukarıda / metin içinde alıntılanan paragrafından önce şu açıklığı getirmiştir:

“Anayasa’nın 128. maddesinin son fıkrası, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla özel olarak düzenlenmesini emretmektedir. Oysa, iptali istenilen maddede örneğin, eğitimin hangi kurumlarda yapılacağı, eğitime kimlerin katılacağı, eğitim süresinin hiç değilse alt sınırının ne olacağı, uygulanacak programların niteliği konusunda herhangi bir esas belirlenmemiştir.”

“Devlet, kişinin çalışma hakkını kullanabilmesi için iş alanında gerekli önlemleri alacak ve sınırlamaları kaldırarak görevini yerine getirecek, birey de çalışarak topluma yük olmaktan kurtulacaktır.”

AYM, 657 sayılı yasanın 4. maddesinde dört istihdam biçimi öngörüldüğü ve bunlar dışında personel çalıştırılmayacağı yolundaki bilgileri yinelemiştir. Ardından, “itiraz konusu kuralda, istihdam şekillerinden olan geçici personel statüsünün tanımı(nın) yapıldığını” ekleyip, 4/C’yi ikinci kez yinelemiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin, 657 sayılı yasanın istihdam biçimi olarak –başlığı dışında- yalnızca 35 sözcükle düzenlediği 4/C’yi değerlendirip ret kararına dayanak yaptığı bölümü, kanımca üç paragraftan ibarettir. Bölmeksizin, önce aynen aktarıp sonra da ayrı ayrı değerlendirmek istediğim –toplam olarak yalnızca 204 sözcükten oluşan- bu paragraflar şöyledir:

“Geçici personel statüsü, ***belli bir vasıf gerektirmeyen, daha çok bedensel çalışmalara ağırlık veren, başlangıç ve bitişi belli olan, süreli işlerde*** çalışmayı öngörmektedir. Bu personel, idare ile yaptıkları bir sözleşme uyarınca idare için belirli bir iş yapan kişi konumundadır ve yaptıkları iş, *geçici veya mevsimlik* olup, asli ve sürekli görevlerden de sayılmaz. Bu nedenle geçici personel; Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında belirtilen ***memur ve diğer kamu görevlileri kavramı dışında kalan***, sözleşme ile çalıştırılan, işçi de olmayan, kendine özgü ***istisnai*** bir istihdam türüdür.

Yasa koyucu, memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışında çalışanlarla ilgili olarak, ***Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak***, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla ***düzenleme yapma yetkisine*** sahiptir.

Geçici ve mevsimlik işlerin neler olduğunun belirlenmesi ülkedeki ***ekonomik gelişmelere ve koşullara bağlı*** olup, bunların Yasa’da tek tek belirtilmesi mümkün değildir. Ayrıca, bu istihdam türü uyarınca çalıştırılacak kişilerin ***sayısının*** ihtiyaca ve ekonomik koşullara göre her zaman ***değişebilecek nitelikte olması***, yapılan işin niteliği ve süresine göre ödenecek ***ücret ve sözleşme şartlarının da farklılık arzemesi*** gözetildiğinde, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek olan hususların yasa ile yapılamayacak kadar ***teknik ayrıntıları içerdiği*** kuşkusuzdur. Bu nedenle, itiraz konusu kuralda ***geçici personelin tanımı yapılarak çerçeve çizildikten sonra, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların düzenlenmesinin Bakanlar Kurulu’na bırakılması***, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.”

Yukarıdaki üç paragraftan birincisinde, geçici personelin gördüğü işin niteliği temelinde bilinen ve temelde tartışma konusu olmayan açıklamalar yer almaktadır. İşin, temelde “bedensel” ve “süreli” olduğu, belirli bir nitelik edinmiş olmayı

gerektirmediği, bu özellikleri nedeniyle de 128. maddedeki memur ve diğer kamu görevlileri kavramının kapsamı dışında kaldığı, geçici personelin istihdam biçimi olarak “istisna” olduğu yinelenmiştir. “Malûmu ilan eden” bu saptamalar, kuramsal olarak doğrudur. Ancak AYM, bu özelliklerin her birinin, gerek TÛİK 4/C’lilerinin ve gerekse özelleştirme işsizi 4/C’lilerin uygulamada geçici personel olarak istihdam edilmelerine uygun düşüp düşmediğini tartışmamıştır. Örneğin özelleştirme işsizlerinin, ancak ve yalnız “emeklilik hakkını kazanıncaya” değin çalıştırıldığı ve yerine getirecekleri işin gerçekten “bedensel” olup olmadığı gözetilmemiş, yalnızca kendilerini istihdam edecek kurum ve kuruluşların bir tür “torba liste” olarak belirlenmesiyle yetinilmiş; “geçiciliği” sağlamak için, görülecek işlerin her birinin niteliğinden bağımsız biçimde, bir mali yılda en çok on / onbir ay çalışma” zorunluluğu getirildiği ve işten çıkışların bu kural uyarınca gerçekleştirildiği yolundaki yerleşik uygulama görmezlikten gelinmiş; geçici personelin “istisna” olduğunun vurgulanmasına karşın 657’deki tanımına ve amacına aykırı olarak genişletilip 2004’ten beri kurumsallaştırılarak uygulanmakta olduğu gerçeği söz konusu edilmemiştir. Kısacası, ne saptanan “istisna” olmasının gerekleri ve sonucu üzerinde durulmuş, ne de Bakanlar Kurulu’nun yasal çerçeve yokluğu nedeniyle düzenleme yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığı sorgulanıp tartışılmıştır. Sözün özü, 4/C’deki kural, temel ilkeler ve sınırları yönlerinden değerlendirilmemiştir.

Alıntılıdığım AYM kararının yalnızca 30 sözcükten oluşan bir cümlelik ikinci paragrafında, yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisinin koşullarına genel bir anlatımla değiniliyor. Dikkat çekmek gerekirse bu paragraf, yürütmenin / yönetimin değil “yasa koyucu”nun düzenleme yetkisine ve sınırlarına ilişkindir. Kararda, yasa koyucunun bu yetkisinin, gerek “memur ve diğer kamu görevlileri”, gerekse “bunların dışında(ki) çalışanlar” ile ilgili olduğu, dolayısıyla kamu hizmetlerinin gördürülmesinde başvuru tüm istihdam biçimlerini ve kuşkusuz geçici personeli de kapsadığı, haklı olarak belirtiliyor. Yasa koyucunun bağlı olduğu kimi ölçütler bulunduğunu, yani düzenleme yetkisinin sınırsız ve koşulsuz olmadığını ekleyen kararda, bunlar “Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalmak”, “adalet”, “hakkaniyet” ve “kamu yararı” olarak sıralanmıştır. Bunlardan özellikle “**Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalma**” ölçütü çok önemlidir Bununla AYM, yasa koyucunun düzenleme yaparken, kanımca özellikle anayasal hak ve özgürlükleri güvenceye alan ve sınırlama rejimini düzenleyen kuralları göz önünde bulunduracağını altını çizmek istemiştir. Bu ölçüt(ler) ve öngörülen koşullar, hem ayrıntılı, hem de temel ilkelerle yetinen çerçeve yasal düzenlemeler yaparken gözetilecektir. Ne var ki AYM, 4/C’de yapılan düzenlemenin yasama yetkisinin devri açısından öngördüğü koşulları taşıyıp taşımadığı üzerinde durmamış; başka bir anlatımla, 657’deki otuzbeş sözcüklü geçici personel tanımında, yasa koyucunun “Anayasa’da belirlenen kurallara bağlı kalma” yükümlülüğüne uyup uymadığını tartışmamış, tartışmaksızın ret sonucuna ulaşmıştır. Yine AYM, 4/C’ kuralına ve DPB’nin kuruluş ve görevlerini düzenleyen 217 sayılı KHK’ye dayanarak Bakanlar

Kurulu'nun "çerçeve kararı" ile özelleştirme işsizleri için uygulanan "sapma" 4/C'de de, yasa koyucudan gözetmesini istediği bu ölçütlere, özellikle "Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalma" koşuluna uyulup uyulmadığını sorgulayıp tartışmamıştır. Bakanlar Kurulu kararlarının Tekel direnişine değin, bu dava örneğinde olduğu gibi, TÜİK'te ondokuz yıl boyunca 4/C'li olarak çalıştırılan bir kişiye iş sonu tazminatı ödenmesini yasaklamış olmasının "adalet" ve "hakkaniyet"e uygun olup olmadığını, benzer sorunların temelde 4/C'nin "temel ilkeler"e yer veren, "Anayasa kurallarına bağlı kal(an)" ve sınırları çizilen bir yasal çerçeve olmamasından ileri gelip gelmediğini tartışma konusu yapmamıştır.

AYM'nin, 4/C'deki kısa kuralı kendi belirttiği ölçütler açısından sorgulayıp tartışmamış olmasından, ulaşacağı sonucu kestirmek zor değildir. Karardan alıntıladığım üçüncü paragraf sonucu ortaya koymaktadır. AYM'nin burada haklı olarak üzerinde durduğu konu, 4/C'de öngörülen görev ve sayı belirlemesidir. Ne var ki AYM, 4/C'nin en önemli yasal koşullarından biri olan görev (geçici ve mevsimlik işler) belirlemesi üzerinde doğrudan bir anlatımla durmuyor, yalnızca geçici ve mevsimlik işlerin belirlenmesinin "ülkedeki ekonomik gelişmelere ve koşullara bağlı" olduğunu, "bunların Yasa'da tek tek belirtilmesi(nin) mümkün" olmadığını söylüyor. AYM'nin söz ettiği yasa, kuşkusuz 657 sayılı yasadır. 657, görev belirlemesinin, öngördüğü görüş alma koşuluna uyarak Bakanlar Kurulu'nca yapılmasına olanak tanımıştır. Oysa, örneğin üniversitelerde ve TÜİK'te, görece yasanın amacına uygun biçimde yerine getirilen "görev belirlemesi" koşuluna, özelleştirme işsizleri için uygulanan sapma 4/C modelinde uyulmamaktadır. Bu da, 4/C kuralının "yasal çerçeve" olarak yetersizliğini ortaya koymakta, sonuç olarak yürütmenin yasaya aykırı 4/C modelleri oluşturmasını engelleyememektedir. 4/C'li olarak istihdam edilecek kişilerin sayısını saptama konusundaysa, AYM'nin haklı olarak belirttiği gibi, sayının "ihtiyaca ve ekonomik koşullara göre" değişmesi olanaklıdır ve sayısının belirlenmesi, kuşkusuz ki yasa koyucunun işi değildir. Bu nedenle 657, kuşkusuz gördürülecek "geçici" işlerle bağlantılı olarak, sayının Bakanlar Kurulu'nca saptanmasına da olanak vermiş, bunu da –uygulamada bir formalite olmaktan öteye geçmeyen- DPB ile Maliye Bakanlığında alınacak görüşe dayanarak yapmasını istemiştir. Oysa 4/C ile yapılan yasal düzenlemede, geçici personelin *maddi çalışma koşullarına ilişkin olarak*, "temel ilkeler" düzeyinde bile hiçbir kurala yer verilmemiş, düzenleme yetkisi Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmış, temel konularda hiçbir yasaya göndermede bulunulmamıştır. Üstelik işçi sayılmadıkları belirtilerek İş Yasası'nın uygulanması olasılığı tümünden ortadan kaldırılmış, ama herhangi bir konuda bağlı olacakları bir yasa belirlenmemiştir. **"Temel ilkeler", "teknik ayrıntı" değildir; ekonomik koşullara ve izlenen politikalara göre değişmez.** 4/C'de yönetime devredilen yetkiye getirilen tek sınırlama, görev / iş belirlemesidir ve bu da maddi çalışma koşullarına ilişkin değildir ve geçici personel istihdam biçimini ötekilerden ayıran özelliklerinden biriyle ilgilidir. **Yasa, sosyal güvenlik konusunda bile, geçici personelin bağlı**

olacağı yasayı göstermemiştir. Yasanın yapması gereken bu belirlemeyi yürütme yapmıştır. Ücret konusunda, “Bakanlar Kurulu’nca ... belirtilen ücret” denilmekle yetinilmiştir ki, bunun temel ilkeyi belirleme ve ücret konusunda güvence sağlama anlamına gelmediği, tersine ücret konusunda sınırsız bir yetki devri olduğu açıktır. Üstelik bu devir, geçici personelin, örtük biçimde, Anayasa güvencesindeki sendika, toplu sözleşme ve grev haklarını, ücret konusunda toplu pazarlık yapılmasını da ortadan kaldırmaktadır. Bunlar, AYM kararında ileri sürüldüğü gibi, “yasa ile yapılamayacak kadar teknik ayrıntılar içer(en)” konular değildir; bağlı olunacak yasaların belirlenmesi, temel ilkelerden birine açıklık getirebilirdi. 4/C’deki otuzbeş sözcükten oluşan düzenlemeyle bir istihdam biçiminin “çerçevesinin çizildiği” yolundaki görüşün, Anayasa’nın amaç ve özüne uygun olduğu savunulamaz. Bir istihdam biçiminin “işçi sayılmadığını” belirtmekle yetinen yasal bir tanım yapılmış olması, onun temel ilkeleri kapsayan asgari yasal çerçevesinin çizilmesi değil, İş Yasası’nın her tür koruyucu kuralından yoksun bırakılması anlamına gelir. Kararda ileri sürüldüğünün tersine, yasama yetkisinin yürütmeye sınır koymaksızın devri niteliği taşır.

AYM, İDDK’nin aykırılık gerekçesinde andığı Anayasa’nın 17. ve 49. maddeleri çerçevesinde yaptığı kısa değerlendirmede de, geçici personel istihdamının Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna vardı. Anayasa’nın 2. maddesi bağlamında “sosyal devlet” ilkesi açısından değerlendirme yapmaktan kaçınıp “hukuk devleti” tanımı yapan AYM, 49. maddenin öngördüğü “çalışanları ve işsizleri koruma” yükümlülüğünü gözeterek, 4/C düzenlemesinin sosyal devlet ilkesinin gereklerine uygun düştüğünü şöyle savundu:

*“Diğer taraftan, Anayasa’nın 17. maddesi ile tanınan, herkesin yaşama ve maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 49. maddesi ile de Devlet’e verilen çalışanları koruma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla geçici personel statüsü adı altında böyle bir istihdam biçiminin oluşturulması ile yaşam hakkı ortadan kaldırılmadığı gibi, getirilen düzenlemenin çalışanlara geçici de olsa iş ortamı yaratmayı amaçladığı ve **sosyal devlet ilkesinin gereklerine de uygun olduğu anlaşılmaktadır.**”*

AYM’nin, 4/C’nin maddi içeriğini göz önüne almayıp salt istihdam biçimi olarak getirilmiş olmasına ve sosyal devlet ilkesinin, temel ilkeleri belirlenmeyen bir istihdam biçimi oluşturarak da sağlandığına dayanarak Anayasa’ya aykırılık savını reddetmiş olması, incelemesini derinleştirmemiş olmasının bir başka kanıtıdır.

AYM son olarak, 4/C kuralının Anayasa’ya aykırılığı savının incelemesini, İDDK’nin itiraz gerekçesinde ileri sürdüğü, sosyal güvenlik hakkının öznesinin “herkes” olduğunu belirterek devlete “gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma” yükümlülüğü getiren 60. madde yönünden yapmıştır. Bu konuda 4/C düzenlemesinde hiçbir “temel ilke”nin bulunmamasını, yani yasal çerçevedeki boşluğu göz ardı eden AYM, *geçici personelin sosyal güvenliğinin yasal düzenlemeyle değil*

Bakanlar Kurulu kararlarıyla sağlanmış olmasına dayanarak, 60. madde yönünden de aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır:

“Öte yandan, 506 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca, hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanların sigortalı sayılacağına ilişkin hükmün, 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar hakkında da uygulanacağı öngörülmektedir. 5510 sayılı Kanun’dan önceki dönemde çalışanların da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi olduğu gözetildiğinde, itiraz konusu kuralda düzenlenen geçici personele sosyal güvenlik hakkının tanınmadığından da söz edilemez.”

Bir kez daha vurgulamak gerekirse, Anayasa’ya aykırılık savındaki temel sorun, geçici personel istihdamına ilişkin 4/C’deki “yasal” düzenlemenin, “temel ilkeler”i içeren asgari yasal çerçeveye yer vermeksizin Bakanlar Kurulu’na düzenleme yapma yetkisi tanımış olmasıdır. Sosyal güvenlik konusunda yasadaki boşluk, bunu en çarpıcı örneğidir. AYM de bu boşluğu gördüğü içindir ki, Bakanlar Kurulu kararlarında önce 506 ve sonra da 5510 sayılı yasalara göndermede bulunulmuş olmasını anımsatma gereksinmesi duymuştur. Bu, aslında, örtük olarak, yasal çerçevenin yetersiz olduğunun itirafı demektir. AYM’nin ileri sürdüğü gibi, 4/C’nin sosyal güvenlik hakkı tanımadığı yolunda herhangi bir sav ileri sürülmüş değildir. AYM’nin anlamak istemediği nokta, sosyal güvenlik konusundaki güvencenin yönetimin kararıyla değil, yasamanın ilkesel düzenlemesiyle sağlanması zorunluluğudur. Nitekim yönetim, 4/C’lilerin “anayasal” sosyal güvenlik hakkını tanımıştır ama, iş güvencesi, Tekel direnişine değin iş sonu tazminatı ve izin haklarını tanımamış, tanımaktan kaçınmıştır, kaçınmayı sürdürmektedir.

Sonuç olarak AYM, çok yetersiz biçimde ve yeterince tartışmaksızın “açıkla(dığı) nedenlerle, itiraz konusu kural(ın) Anayasa’nın 2., 7., 17., 49., 60. ve 128. maddelerine aykırı” olmadığını ve “iptal isteminin reddi gerek(tiğini)”, ezici bir oyçokluğuyla karara bağlamış ve 4/C “kuralın(i), Anayasa’nın 13. ve 48. maddeleri ile ilgi(li)” görmemiştir.

AYM, 4/C’nin yanı sıra, 5420 sayılı yasanın 49. maddesinin 2. fıkrasının da Anayasa’ya aykırılığı savını, yani bu maddede TÜİK’in 4/C’ye göre istihdam ettiği personelin “statüleri hakkında düzenleme yapılmayarak, bu konudaki düzenlemenin sınırları çizilmeksizin Bakanlar Kuruluna bırakıldığı”, dolayısıyla Anayasa’nın yedi maddesine aykırı olduğu savını incelemiş, 4/C kuralındaki benzer gerekçelerle bu savı da reddetmiştir. AYM, madde 49/2’yi ve Anayasa’nın 128. maddesini yineledikten sonra, 4/C’ye ilişkin ret gerekçelerini yinelemiş ve yasal çerçevenin çizilip temel ilkelerin belirlendiğini, dolayısıyla da yasama yetkisinin devrinin söz konusu olmadığını, yine ezici bir çoğunlukla şöyle karara bağlamıştır:

“Önceki bölümde açıklandığı üzere, geçici personel tarafından yürütülen hizmetler Anayasa’nın 128. maddesinde belirtilen genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden sayılmaz ve bu istihdam şeklinde çalışan personel de memur ya da diğer kamu görevlisi olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) fıkrası uyarınca sözleşme ile çalıştırılan ve Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olmayan geçici personelin ücretlerinin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinde Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, Türkiye İstatistik Kurumunda 657 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (C) fıkrası uyarınca çalıştırılacak olan geçici personele ödenecek ücretlerin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesine ilişkin yetki, işin özelliğinden kaynaklanan, **çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş**, ihtisas gerektiren ve teknik konulardaki ayrıntılara ilişkin objektif bir düzenleme yetkisi olması nedeniyle yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu bölüm Anayasa’nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Her iki kuralın Anayasa’ya aykırılığı savının reddi kararına, yalnızca bir üye karşı çıkmıştır.

Karşioy Yazısı ve Değerlendirilmesi

Üye *Engin Yıldırım*, 4/C kuralını, Anayasa’nın 2., 5. ve 49. maddelerine aykırı bulunduğu için çoğunluk görüşüne katılmamıştır. İDDK’nin Anayasa’ya aykırılık savını dayandırdığı yedi maddeden beşine (7., 13., 17., 48. ve 60. maddelere) değinmeyen Yıldırım, karşı görüşünü geçici personel istihdamının sosyal devlet ilkesine aykırılığı savına dayandırmış, bu temel savını desteklemek üzere de Anayasa’nın 2., 5. ve 65. maddelerini anmıştır. Buna karşılık, itiraz konusu kuralın 2. ve 5. maddelerin yanı sıra 49. maddeye de aykırı olduğunu ileri sürmekle birlikte, 49. madde bağlamında herhangi bir görüş dile getirmiş değildir.

Kısa karşioy yazısında, önce 657 sayılı yasanın öngördüğü istihdam biçimlerinin “kural” ve “istisna” niteliklerine değinen Yıldırım,⁶ istisnalar arasında yer almasına karşın, kanımca da yerinde bir saptamayla, geçici personelin bir “kamu politikası” olarak uygulamada yaygınlaştırılmasının sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunun altını çizmiştir. Geçici personeli işçi saymama yaklaşımının da, temelde kimi işçilik haklarından yoksun bırakmaya yönelik olduğunu, haklı olarak belirten Yıldırım’a göre:

“657 sayılı Kanun’un belirttiği dört istihdam biçiminden memurluk ve işçilik ‘kural’, sözleşmeli personel ve *geçici personel ise ‘istisna’ teşkil etmektedir.* ‘Kural’

⁶ Bu konuda bkz. ve karşı: Mesut Gülmez, “4/C”, **a.g.m.**, s. 86-90.

olan istihdam biçimleri altında çalışanların sahip oldukları hakların bir kısmını içermeyen, ‘*istisnai*’ özellikler taşıyan istihdam biçimlerinin kamu politikası olarak yaygınlaştırılmaya çalışılması sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Uzun yıllar boyunca geçici personel kamuda sınırlı sayıda istihdam edilirken, bu durum son yıllarda yaygınlaşmaya başlayarak sürekli ve kalıcı bir istihdam türüne dönüşmeye başlamıştır. Geçici personelin işçi sayılmaması işçilik statüsünün Anayasa ve yasalarca sağlanan bazı hak ve güvencelerinin kapsamı dışında bırakılmaları anlamına gelmektedir. Her ne kadar 657 sayılı Kanun’un 4/C fıkrası kapsamında çalışan geçici personele daha önce sahip olmadıkları bazı haklar 2010 yılında bir kararname ile verilmişse de, işçi sayılmamaları nedeniyle işçilerin sahip oldukları yıllık izin, toplu sözleşme ve grev gibi bazı haklardan, yararlanamamaktadır. Bu kapsam altında çalışan personelin fazla çalışma ile ilgili durumları da belirsizlik taşımaktadır.”

4/C’nin uygulamada kazandığı “sürekli ve kalıcı bir istihdam türü” özelliğine vurgu yapan Yıldırım’ın, geçici personelin yararlanmadığı kimi hakları örnek olarak sıralamakla, açıkça belirtmemiş olsa da dolaylı biçimde, İDDK’nin Anayasa’ya aykırılık savında vurguladığı, ama AYM’nin görmezlikten geldiği ve yadsıdığı yasal çerçeve boşluğuna değinmek istediği söylenebilir. Kanımca, 4/C’nin temel ilkelerden yoksun yönüyle Anayasa’ya aykırılığı üzerinde açık ve doğrudan bir anlatımla durulmamış olması önemli bir eksikliklerdir.

Yıldırım, geçici personelin Anayasa’ya aykırılığı görüşünü temelde sosyal devlet ilkesine dayandırdığı için, Anayasa’nın 2. maddesi ile İDDK’nin itiraz gerekçesinde yer almayan 5. ve 65. maddelerinin metinlerini aktarmış, bunlardan 65. madde konusunda –kanımca tartışmaya açık– şu kısa değerlendirmede bulunmuştur: “Denebilir ki bu maddeden dolayı sosyal hukuk devletinin ne ölçüde ve hangi araçlarla gerçekleşeceği siyasal iktidarların takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte, takdir yetkisinin sosyal hukuk devletinin özüne zarar verecek şekilde kullanılmaması gerekir.”

Oysa, kanımca sosyal haklar, yalnızca öz korumasından değil, aynı zamanda ölçülülük ilkesine aykırılık korumasından da yararlanır ve ayrıca, sosyal hakların, siyasal iktidarların takdirine bağlı olmaksızın gerçekleştirmekle yükümlü oldukları bölümleri / bileşenleri de vardır.⁷

AYM’nin eski bir kararında (E. 1984/9, K. 1985/4) yer alan sosyal hukuk devletinin “... çalışanların insanca yaşamasını ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler olarak çalışanları koruyan ...”

⁷ Devletin, gerek sosyal insan hakları öğretisinde benimsenen görüşlere ve gerekse denetim organlarının yerleşik kararlarına göre, sosyal haklar alanında üstlendiği üç boyutlu yükümlülük konusunda örneğin bkz.: Mesut Gülmez, “Sosyal İnsan Haklarının Gelişimi Temelinde, Sosyal Devlet İçin Öneriler”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Beta Yayını, Cilt 3, İstanbul, 2011, s. 3133-3174.

biçimindeki tanımını da aktaran Yıldırım'a göre, "Sosyal hukuk devletinde birey, önündeki ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılmasıyla özgür olmanın tadına varabilir."

Yıldırım son olarak, doğrudan ve açık bir dille söylememiş olmakla birlikte, uygulama alanı genişletilen geçici personel istihdamının, devletin geleneksel olarak "örnek işveren" sayılması yaklaşımıyla ve sonuç olarak da sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığını belirterek, üç maddeye aykırılık yönünden çoğunluk görüşünü paylaşmadığını yazmıştır:

"Kamu kesimi çalışma ilişkileri geleneksel olarak devletin örnek işveren olması esasına dayanır ve bu sosyal hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Çalışma ilişkilerinde standartların yükseltilmesi gerekirken devlet eliyle mevcut standartlardan geriye gidilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesinin içinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Ülkemizde özel sektör çalışma ilişkilerinin göreceli olarak düşük çalışma standartları içermesi önemli bir sorunken, aynı durumun kamu kesiminde de ortaya çıkmaya başlaması düşündürücüdür. İnsan onuruna yakışır çalışma ortamının sağlanması sosyal hukuk devletinin en önemli görevleri arasındadır."

Yıldırım, temel ilkeleri belirlenerek ve sınırları gösterilerek çizilmeyen yasal çerçevenin yetersizliğine doğrudan bir eleştiri yöneltmemiş; bunu, kimi çalışma koşullarına ilişkin –doğru- örnekler vererek, dolaylı biçimde ortaya koymakla yetinmiştir. Yine, İDDK kararında anılanlarla sınırlı olsa da, onayladığımız ulusüstü insan hakları sözleşmelerinden de söz etmiş değildir. Sosyal devlet ilkesine aykırı biçimde yaygınlaştırıldığını belirttiği -ve uygulamada kimileri sözleşmeli personele dönüştürülerek sürdürülen- farklı 4/C modellerinin yürütmeye devredilen düzenleme yetkisinin kötüye kullanılmasının çarpıcı örnekleri olduğuna değinmemiştir. Değişik bir anlatımla, 14/1'lik ezici çoğunluk kararı karşısında görece önemli olmakla birlikte, Yıldırım'ın karşıoy yazısında; "sapma" 4/C uygulamalarının temel ilke ve kurallar içeren yeterli bir yasal çerçevenin oluşturulmamış olmasının sağladığı boşluktan yararlanarak gerçekleştirilen ve devredilen düzenleme yetkisinin amacına aykırı biçimde kullanılmasının örnekleri olan yönetsel düzenlemelerden ileri geldiğinin ortaya konulduğu söylenemez.

Kararin Değerlendirilmesi

AYM kararı, çalışma yaşamımızda, kırk yılı aşkın bir süreden beri uygulanan, yasal koşullara uygunluğu başlangıçtan beri son derece tartışmalı "olağan" modellerinin yanı sıra, özellikle 1990'lı yılların ikinci yarısından başlayarak çeşitli "sapma" modelleriyle uygulanmasından⁸ ve devlet eliyle yaygınlaştırılmasından kaçınılmayan,

⁸ Bu sapma 4/C uygulamalarından biri, TBMM Genel Sekreterliği'nde gerçekleştirildi ve 2003'ten beri sürdürülmektedir. Bu konuda bkz. ve karşı: Mesut Gülmez, "TBMM

dolayısıyla son derece ciddi bir sorun niteliği taşıdığına kuşku bulunmayan “sendikasız, güvencesiz ve esnek” bir istihdam biçimi konusunda, sorunu hukuk ve uygulama boyutlarıyla bir bütün olarak ele alıp derinlemesine irdeleyerek tartışmaktan kaçınan bir yaklaşımın ürünüdür.

Karar, salt yürürlükteki kuralları birkaç kez aktararak ve çok kısa açıklamalar yaparken de temelde aynı anlama gelen farklı sözcük ve cümlelerle aynı kuralları yineleyerek, önceden kararlaştırılmış bir sonuca bir an önce ulaşma kaygısı taşıdığı izlenimi uyandıran, kısacası 4/C'nin Anayasa'ya aykırılığı savını 4/C'de yapılan düzenlemeye dayanarak reddeden “**totolojik bir karar**”dır.

Oysa AYM'nin, yalnızca 4/C düzenlemesine bakmak yerine, Bakanlar Kurulu'nun olağan ve sapma tüm 4/C uygulamalarına ilişkin kararlarında “4/C'ye göre” yada “4/C kapsamında” diyerek 657 sayılı yasadaki düzenlemeye göndermede bulunduğunu anımsayarak, uygulamadaki sapmaların yasadaki düzenleme yetersizliğinin sonucu olabileceğini de göz önüne alarak değerlendirme yapması beklenirdi. Ancak kendini anayasal hakların yasaklanıp kısıtlandığı düzenleyici işlemlere dayalı somut uygulamalardan soyutlamayan bütünsel bir yaklaşım, kağıt üzerinde görmek istenmeyen yasal çerçeve yetersizliğinin saptanmasına olanak verebilirdi.

AYM kararının eleştiriyi hak eden bir başka yanı, Danıştay İDDK'nin itiraz gerekçesinin hukuksal dayanakları arasında gösterdiği uluslararası belgelere hiç değinmemiş olmasıdır. Gerçekten İDDK, sosyal güvenlik hakkıyla ilgili olarak, biri 22. maddesini aktardığı İHEB ve ikincisi de, gerekçede değinilen “Anayasal hükümlere koşut düzenleme yap(tığını)” belirterek “işten çıkarma durumunda korunma hakkı” başlıklı 24. maddesini aktardığı (GG)ASS olmak üzere, iki uluslararası belgeden söz etmiştir. Ancak AYM, nedense bu konuya hiç girmemiştir. Yüksek Mahkeme, Evrensel Bildirge'nin “hukuksal” bağlayıcılığı olmasa da, Anayasa'nın yürürlükteki ulusal yasalara üstün tutarak uyuzmazlıklarda – üstelik kendiliğinden- “esas alma” ve doğrudan uygulama buyruğu vermiş olmasına (m. 90/son) karşın, GG ASS'nin çekincesiz onaylanan 24. maddesini tümüyle göz ardı edip değerlendirmeye almamıştır.

Kararı irdeleyip değerlendirirken de belirttiğim gibi, AYM kararı, bir yandan anayasal haklara göndermede bulunarak yasama yetkisinin yönetime devrinin koşullarını sıralamış, öte yandansa 4/C'de yapılan geçici personel tanımına ilişkin kısa düzenlemenin içeriğini devir koşullarının her biri açısından değerlendirmekten kaçınmıştır. Ayrıca, kendisini uygulamadan da büsbütün soyutlayarak karar veren AYM, yalnızca sonuç olarak otuzbeş sözcükle tanımlanan, “*istisnai*” olduğunu kabul ettiği bir istihdam biçiminin uygulamada değişik modelleriyle yaygınlaştırıldığını, dolayısıyla temel ilkelerden yoksun yetersiz yasal çerçeve nedeniyle yönetimin kendisine devredilen yetkiyi kötüye kullandığını görmezden

gelmiştir. 4/C'lilerin Tekel direniş i öncesindeki ve sonrasındaki durumlarının karşılaştırılarak sağ lanan görel i iyileştirmelerin anımsanması bile, koruyucu yasal çerçeve yokluğunun kamu işverenince (hükümetçe) anayasal haklara getirilen kısıtlama ve yasaklarla nasıl kötüye kullanıldığını göstermeye yeterlidir. Üstelik AYM, sosyal güvenlik konusunda verdiği örnekle de, yasama yetkisinin devri için aradığı koşulların 4/C'de bulunmadığını ortaya koymuş, hatta dolaylı olarak itirafta bulunmuştur. Çünkü 4/C'nin Anayasa'ya aykırılığı sorununda önemli olan nokta, geçici personelin sosyal güvenlik hakkının “yasal çerçeve”nin temel ilkelerinden biri olarak yasayla değil Bakanlar Kurulu kararıyla öngörölmüş olmasıdır. AYM bu durumu, iptal nedeni olması gerekirken, ret gerekçesi olarak ileri sürüp savunabilmiştir! Kuşkusuz yasal çerçeve, başka çalışma koşulları konusunda da temel ilkeler içermeli idi.

AYM, kendi kararlarının özüyle çelişerek, 4/C uygulamasını sosyal devlet ilkesine de uygun bulabilmiştir. İtiraz gerekçesinde ileri sürölmüş olsa da, “sosyal hukuk devleti” ilkesinin “sosyal”ini atarak, gereksiz yere hukuk devletinin tanımını yinelemiş olmasının nedeni bu olsa gerek! Doğal olarak bu yaklaşım, sosyal devletin Anayasa gereği almakla yükümlü olduğu koruma önlemleri arasında “yasal düzenleme yapma”nın da bulunduğunun tartışılmasını gereksiz kılmıştır.

Sonuç olarak AYM'nin, “ekonomik koşulları” sosyal devlet gereklerine üstün tutarak, AKP'nin neo-liberal politikalarını ve özelleştirme uygulamalarını anti sosyal yaklaşımla sürdürmesine hukuksal destek sağlamıştır. Böylece de, resmi raporlarda bile, ilk yıllarından başlayarak amacına aykırı biçimde uygulandığı açıkça belirtilen ve çalışma yaşamında bir gereksinim olduğu yadsınamayacak bu istisnai istihdam biçiminin öngöröldüğü amacına, istisna oluşunun gereklerine ve Anayasa'ya uygun sınırlar içinde kalmasını, sonuç olarak neo-liberal politikaların dayattığı güvencesiz ve esnek istihdama başvurmanın aracı olarak kullanılmasına engel olunmasını sağlama fırsatı kaçırılmıştır.