

**7/15754 SAYILI BAKANLAR KURULU
KARARNAMESİ'NE GÖRE HİZMET SÖZLEŞMESİ
İLE İSTİHDAM EDİLEN PERSONELİN İŞ
KANUNUNA TABİ OLUP OLMADIĞI SORUNU
(YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 14.03.2007 TARİHLİ
KARARI ÇERÇEVESİNDE)**

*Doç. Dr. Murat ŞEN**

GİRİŞ

1982 Anayasasının 128. maddesinde “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” düzenlenmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir: “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli 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.”¹.

Bu çerçevede memurlar dışındaki diğer kamu görevlileri kapsamında değerlendirilen sözleşmeli personelin hukuki niteliğinin ne olduğu, bunların hangi kriterlere göre istihdam edildiği ve bunlara uygulanacak yargı yolunun neresi olduğu gibi hususlar çoğu zaman bir sorun olarak karşılaşılagelmiştir. Bu bağlamda, Hukuk Genel Kurulu kararlarına da konu olan olaylarda, kamu görevlisi olarak istihdam edilen kişilerin bir sözleşmeli personel mi yoksa işçi mi olduğu hususu tartışma konusu yapılmış; sözleşmeli personel ol-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.
muratsen@erciyes.edu.tr; murat@muratsen.org

¹ Bu hükümde 1961 Anayasası'nın 117. düzenlemesinden farklı olarak hem “kamu iktisadi teşebbüsleri” hem de “diğer kamu görevlileri” kavramlarına yer verilerek yeni bir kategori daha oluşturulmuştur. Bu haliyle 128. madde, öncelikle kural olarak “özel idare esasları”na göre yönetilen Kamu İktisadi Teşebbüslerini “genel idare esasları”na dahil etmiş ve sonra personel hukuku ile bağdaşmayan diğer kamu görevlileri gibi bir kavramla da ayırımların anlamlarını yitirdiği bir metin haline gelmiştir. Bkz. Kadriye **Bakırcı**, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Sözleşmeli Personel Sorunu, İstanbul 1992, s. 35.

duğu sonucuna ulaşılan kararlarda buna ilişkin yargı yolunun idari yargı olması gerektiği; işçi olduğu sonucuna ulaşılan kararlarda ise adli yargının bu tür uyuşmazlıklarda görevli bulunduğu hükmedilmiştir.

Aşağıda değerlendirme konusu yapılacak olan 14.03.2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı, Yargıtay'ın son içtihatlarının aynı doğrultuda olduğunu ortaya koymakta ancak 2001 tarihli Hukuk Genel Kurulu içtihadına ise aykırı bulunmaktadır. Bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına neden olabilecek bu iki farklı yöndeki karar, bu çalışma içerisinde değerlendirilmeye çalışılacaktır. Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 yılında verdiği kararından dönüp 2006 ve 2007 yıllarında yeni bir içtihat oluşturması, konunun ayrıca ele alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu nedenle öncelikle son içtihat çerçevesinde konu ele alınacak, aksi yöndeki karara ise yeri geldikince değinilecektir.

I. KARAR METNİ

ÖZET: Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna giren davacının maddi ve manevi tazminat talebidir. Davacı, davalı idarede "sözleşmeli personel" olarak çalışmış olup, aralarında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olmadığı anlaşıldığından idari yargıda dava açılmalıdır.

DAVA: Taraflar arasındaki "maddi ve manevi tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 6. İş Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 9.11.2004 gün ve 1023-1250 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 2.3.2006 gün ve 10765-1859 sayılı ilamı ile,

(... Dava, trafik iş kazası sonucu beden tamlığı bozulan davacının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi, ücret ve benzeri alacaklılarının ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, işin esası incelenerek ilamda belirtildiği üzere davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının, davalı Bakanlığa bağlı "Ankara Palas Devlet Konuk Evinde" garson olarak çalışmakta iken 26.3.2003 günü servis aracıyla evine götürülürken meydana gelen trafik kazası sonucu meslekte kazanma güç kaybına uğradığı tartışmasızdır.

Dava, işverenin Borçlar Kanunu ve İş Kanununun ilgili maddelerinde öngörülen işçiyi koruma borcuna aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğuna dayanılarak açıldığı, mahkemece de uyuşmazlığın anılan yasal dayanaklar çerçevesinde değerlendirilerek sonuca varıldığı anlaşılmaktadır.

Ancak; 11.3.1985 tarih ve 18691 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği"nin 11. maddesinde Devlet Konuk Evi İşletmelerine kefalete tabi kadrolu

memurları dışındaki yönetim ve hizmet personelinin Dışişleri Bakanlığınca "Sözleşmeli Personel" olarak çalıştırılacağı, bu sözleşmelerinin süresinin bir yıldan fazla olamayacağı hükme bağlanmış, aynı yönetmeliğin 12. maddesinin "d" fıkrasında Devlet Konuk Evleri "Sözleşmeli Personeli" hakkında 1475 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı bunların sosyal güvenlik primlerinin Sosyal Sigortalar Kurumuna yatırılacağı kuralı getirilmiştir. Sözü edilen yönetmeliğin anılan maddelerinde düzenlemelere göre Devlet Konuk Evi İşletmelerinin hizmet personelinin 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi kapsamında statü ilişkisi doğuran idari nitelikte sözleşmelerle çalıştırıldıkları anlaşılmaktadır. Davacı, "Ankara Palas Devlet Konuk Evinde" hizmet personeli (garson) olarak çalıştırıldığına göre, davalı Bakanlıkla arasındaki hukuksal ilişki hizmet akdi değil statü ilişkisi doğuran idari sözleşmeye dayanmaktadır. Taraflar arasında davacının sözleşmesinin 6.7.1991 tarihi itibarıyla feshine ilişkin iptal isteminden kaynaklanan uyuşmazlığı inceleyen Danıştay 5. Dairesinin dosyada mevcut 23.6.1994 tarih ve 1993/2329-1994/3763 esas ve karar sayılı ilamının içerik ve gerekçesi de bu durum destekler ve doğrular niteliktedir. Davacının sosyal güvenlik yönünden SSK ile ilişkilendirilmiş olması hukuksal ilişkinin belirlenen niteliğine etkili bulunmamaktadır. Sözleşmeli personel ile bunları çalıştıran kurumları arasında doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda görevli yargı yeri ise adli yargı olmayıp idari yargıdır. Başka bir anlatımla "sözleşmeli personel" ile kurumu arasında doğan uyuşmazlıklara ait davalara bakmaya Adli Yargı Mahkemeleri değil idari yargı mahkemeleri görevlidir. Öte yandan görev sonucu kamu düzenine ilişkin olduğundan görev itirazının yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi yargılama makamınca da resen gözönünde tutulması zorunludur.

Bütün bu nedenlerle; mahkemece davada idari yargının görevli olduğu gözetilerek yargı yolu yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde sonuca varılması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Davacı, davalı Dışişleri Bakanlığına bağlı Ankara Palas Devlet Konukevi'nde garson olarak çalışmakta iken geçirdiği iş kazası sonucu sürekli iş göremezlik durumuna girmiştir.

Dava, bu kazaya dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Yüksek Özel Dairenin, tam metni yukarıda yazılı bozma kararı üzerine, yerel mahkemece, anılan uyuşmazlıkta iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilerek önceki kararda direnilmiştir.

Uyuşmazlık; eldeki davada iş mahkemesinin görevli olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür.

Sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisna olup, kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmışlardır. Ancak, sözleşme ilişkisini belirleyen temel ilke olan "irade serbestisi" sözleşmeli personel istihdamında geçerli değildir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapma yöntemi mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamaktadır. Yapılan sözleşmeler, iş hukukundaki "iş sözleşmelerinden farklı olarak idari hizmet sözleşmeleri" niteliğinde bulunmaktadır.

Bir diğer istihdam şekli olarak öngörülen "işçi"nin tanımı 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde yapılmıştır. Anılan maddeye göre, "işçi" bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak ifade edilmektedir. İşçi sıfatının kazanılması iş akdinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir.

Çalışma ilişkisinin niteliğinin belirlenmesi, sonuç itibariyle yargı yolunu da belirleyecektir.

657 sayılı Kanunun 4/b maddesine göre çalışan sözleşmeli personel hakkında, sözleşme hükümleri ile 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile uygulamaya konulan "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" uygulanmaktadır. Kuruluş kanunlarında, özel düzenle-

melerle daha farklı bir sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkan verilmişse, bu özel hükümler uygulanacaktır.

4009 sayılı Dışişleri Bakanlığı'nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 54 üncü maddesine dayanılarak hazırlanan 21.8.1996 tarihli Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği'nin 1. maddesi "Bu yönetmeliğin amacı, ülkemizi resmi ziyaret eden yabancı zevat ve heyetlerin konaklama ve ağırlanmasını; Dışişleri Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının temsil, ağırlama, tören ve tanıtma görev ve faaliyetlerini yerine getirmek üzere, Ankara Palas ve Devlet Konuk Evi olarak tahsis edilecek binaların kullanılmasını, işletilmesini, buralarda çalıştırılacak sözleşmeli personele ait esaslar ile harcama esas ve usullerini düzenlemek...", 4. maddesi "Devlet Konuk Evlerinde sadece Devlet ve Hükümet Başkanları, Parlamento Başkanları ve heyetleri, Genel Kurmay Başkanları, Yüksek Yargı Organları Başkanları ve heyetleri, Bakanlar ve Müsteşarlar, Kuvvet Komutanları, sayılan Başkanların Yardımcıları, Uluslararası Kuruluşların Başkanları ve Yardımcıları, Yabancı Vali ve Belediye Başkanları ile heyet halinde gelinmesi durumunda yukarıdaki zevata refakat edecek üyeler konaklama için misafir edilebilir ve ağırlanabilir...", istihdam şeklini belirleyen 24. maddesi; Devlet Konuk Evi Döner Sermaye İşletmelerinin kefalete tabi kadrolu memurlar dışındaki yönetim ve hizmet personeli Dışişleri Bakanlığı'nca sözleşmeli olarak çalıştırılacağını belirtmiş, Devlet Konuk Evi Döner Sermaye İşletmelerinde çalıştırılacak sözleşmeli personel arasında, Yiyecek-İçecek Servisi, Mutfak, Büfe, Kasa ve Bulaşıkhaneye Hizmetleri sınıfından olmak üzere "Garson"a da yer verilmiştir.

Devlet Konukevlerinde misafir edilmeleri yönetmelik hükmüne bağlanan kişiler ve görevleri dikkate alındığında, bu yerlerin yiyecek-çecek servisi ve mutfak hizmetleri sınıfında çalışacak kişilerin, sağlık ve güvenlik açısından son derece önem taşıdıkları belirgindir.

Sözleşmeli personelin çalışma esasları, Devlet Konuk Evleri Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde ayrıntılarıyla düzenlenmiş olup, bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde 06/06/1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar"ın genel hükümleri ve bunların ek ve değişiklikleri uygulanacaktır.

6.6.1978 Tarih ve 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulmuş olup, 28.6.1978 tarih ve 16330 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'ın 1. maddesinde; Genel Bütçeye dahil dairelerde, katma bütçeli idarelerde, döner sermayeli kuruluşlarda, belediyelerde, özel idarelerde ve kamu iktisadi

teşebbüslerinde (sermayesinin yarısından fazlası yukarıda sayılan kuruluşlara ait olanlar dahil) Özel Bütçeli idareler ile 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışında kalan kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılacak personel hakkında... uygulanacağı, 2. maddesinde, Sözleşmeli personel; mevzuatına uygun olarak birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlileri olduğu belirtilmekte olup, diğer bir çok maddesinde yapılan atıflar ile sözleşmeli personelin sosyal güvenlik yönünden SSK ile ilişkilendirildiği de görülmektedir.

“Sözleşmeli personel” atamayla değil, işçiler gibi sözleşme ile çalıştırılmaktadır. Bağlı buldukları sözleşme, iş hukukunda geçerli irade serbestisine dayanan iş akdinden farklı olarak, idari hizmet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Anılan sözleşmeler, koşulları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş “tip sözleşmeler” niteliğinde görülmektedir.

İdari sözleşmeler “kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler” olup, bu sözleşmeleri, yönetimin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerden ayırmak için, sözleşmenin konusunu oluşturan ilişkiye bakmak gerekir.

Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik varken, idari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye, kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olarak, karşı tarafa göre bazı üstünlükler tanınmıştır.

Özel sözleşmelerde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. Buna karşılık, idari sözleşmelerde, çerçevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır.

Bu nedenledir ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda giderilmektedir (Ş. Gözübüyük Yönetim Hukuku Ankara 1983, sayfa 198-199).

Sözleşmeli personel kategorisi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile de kamu hukuku içinde “statü” niteliği kazanmıştır (Danıştay 11. Dairesinin 27.2.2003 gün ve 2000/11381-2003/959 karar sayılı kararı ile 25.10.2001 gün ve 2001/2335-365 sayılı kararları).

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsamaması gerekir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu takdirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin

incelenerek, tarafların, idareye kamu g¼c¼nden doğan ¼st¼n yetkiler tanımak suretiyle s6zleşmeye idari s6zleşme niteliği vermek amacında olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. 6zel hukuk s6zleşmelerinde s6z konusu olmayan bazı ¼st¼n yetkilerin tanınması, idari s6zleşmelerin en belirgin 6zelliğidir.

Bu h¼k¼mler, 6zel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı s6zleşmede, idareye ¼st¼nl¼k ve otorite tanınması şeklinde kendini g6sterir. İdareye ¼st¼nl¼k ve otorite tanınması ona, g6zetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, s6zleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki s6zleşme h¼k¼mleri ile belli olur.

İdarenin ¼st¼nl¼ę¼n¼n ve otoritesinin tanınması, yani s6zleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve s6zleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu g¼c¼ne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumlarında s6zleşmede 6zel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.

İdari s6zleşmeleri belirleyici bir başka kriter ise, s6zleşme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, her kamu hizmetine y6nelik s6zleşmenin idari s6zleşme olduğu s6ylenemez. 6¼nk¼ idareler kamu hizmetini, yaptıkları 6zel hukuk s6zleşmeleri ile de yerine getirebilirler.

Davacının s6zleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı "Hizmet S6zleşmesi" başlıklı belge incelendiğinde; iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmeyeceğinin peşinen kabul edileceği; s6zleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte, hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği; s6zleşmeli personel olabilme şartlarının yitilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda s6zleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, s6zleşmede yer almayan hususlarda Devlet Konukevleri Y6netmeliği ile 7/15754 sayılı Kararname h¼k¼mlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Belirtilen s6zleşme h¼k¼mleri dikkate alındığında, taraflar arasında s6zleşme ile eşit y¼k¼ml¼l¼kler 6ng6r¼lmedięi belirgindir.

S6z konusu s6zleşmede 6zel hukuku aşan h¼k¼mler bulunmaktadır.

Kaldı ki; 6alışma ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin 6nceki bir uyuramazlık karşısında, davacının, davalı Bakanlık hakkında idari yargıda a4tığı davada, temyiz incelemesinin Danıştay 5. Dairesince 23.6.1994 tarihinde yapılarak, davanın esası hakkında karar verildiği, anılan karar ile taraflar arasındaki 6alışma ilişkisinden doğan uyuramazlıkta g6revli yargı yolunun idari yargı olduğunun benimsendiği de anlaşılmakta olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.12.2006 g¼n ve 2006/9-769-781 sayılı Kararında aynı ilkeler benimsenmiştir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, davacı, davalı idarede “sözleşmeli personel” olarak çalışmış olup, aralarında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyumsuzlukta iş mahkemesinin görevli olmadığı anlaşıldığından, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda yazılan ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK.nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, 14.03.2007 gününde oyçokluğuyla karar verildi².

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Karara Konu Olay

Dava konusu uyumsuzluk, davacının 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’na dayanan “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar” kapsamında bir “sözleşmeli personel” olup olmadığı ile, buna ilişkin uyumsuzlukların hangi yargı makamınca çözümleneceğine ilişkindir.

Dava konusu uyumsuzlukta yerel mahkeme (Ankara 6. İş Mahkemesi), taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” istemli dava sonucunda davanın esasına girerek talepleri kısmen kabul etmiş; bunun üzerine davalı vekili, yerel mahkemenin 09.11.2004 tarih ve 1023-1250 sayılı kararını temyiz etmiştir. Uyuşmazlık, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin önüne gelmiş; özel daire, 02.03.2006 tarih ve 10765-1859 sayılı ilamı ile yerel mahkemenin kararını davada idari yargının görevli olması gerekirken (yargı yolu yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekirken) işin esasına girilerek hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle bozmuştur. Dosya geri gönderilmiş, yeniden yapılan yargılama sonunda, yerel mahkeme önceki kararında direnmiş; direnme kararının davalı vekili tarafından tekrar temyiz edilmesi üzerine uyumsuzluk Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Hukuk Genel kurulu da, 14.03.2007 tarihinde oyçokluğu ile, özel daire bozma kararına uyulması gerekirken uyulmayıp yerel mahkemenin önceki kararında

² **YHGK**, 14.3.2007, E. 2007/21-128, K. 2007/147, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Aynı doğrultudaki diğer bir YHGK kararında da özetle şu ifadelerle yer verilmiştir: “Davalı idareye bağlı büyükelçilikte yasa tarafından belirlenen idari sözleşmeyle çalıştığı anlaşılan davacının çalışmasından doğan haklarına ilişkin dava idari yargının görev alanına girer. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece re’sen göz önüne alınmalıdır” (YHGK, 06.12.2006, 2006/9-769-781, Kazancı).

direnmesini usul ve yasaya aykırı bulmuş, yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

B. S6zleşmeli Personel İstihdamının Yasal Temeli

1982 Anayasasında yapılan düzenlemeler işçi-memur-kamu görevlisi ayırımını kesin bir şekilde ç6zümleyici esaslar getirmemiştir. 1982 Anayasasının 128. maddesinde “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” düzenlenmiş ve şu ifadelere yer verilmiştir: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli 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”.

Buna göre, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülecek; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenecektir. Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğine ilişkin temel esas çerçevesinde, hangi görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğinin ve bunların niteliklerinin aynı madde uyarınca çıkarılacak kanunla belirtilmesi gerekmektedir. Ancak memurların dışındaki “diğer kamu görevlileri” hakkında öngörülen yasa bugüne dek çıkartılamamış ve sorun sözleşmeli personelle ilgili olarak, kanun hükmünde kararnamelerle ç6zülmeye çalışılmıştır³.

Anayasadaki bu düzenlemede yer verilen “diğer kamu görevlileri” kavramının kapsamı hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüş⁴, yargı organlarınca da farklı yargılara ulaşılmış⁵ ise de kamu görevlisi kavramının

3 Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 4. B., İstanbul 2005, s.47-48; **Bakırcı**, s. 91 vd.; Tankut **Centel**, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 56-57.

4 Sözleşmeli personelin “diğer kamu görevlileri” kapsamına gireceği veya girmeyeceği yönündeki bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakırcı**, Sözleşmeli Personel Sorunu, s. 42-45.

5 Bu konudaki yargı kararları hakkında bkz. **Bakırcı**, s. 45-46. Yargıtayın sözleşmeli personelin işçi değil, kamu görevlisi olduğu yönündeki kararı için bkz. **Y9HD**, 26.01.2000, E. 1999/18397, K. 2000/575, Nuri **Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 20. B., İstanbul 2007, s. 36.

biri dar diğeri geniş anlamda olmak üzere iki şekilde tanımlanması genel olarak kabul görmüştür. Geniş anlamda kamu görevlisi kavramının, mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte (bir kamu kurum ya da kuruluşuna) bağlı olarak çalışanları karşıladığı kabul edilmiştir⁶. Geniş anlamdaki kamu görevlisi kavramı, hukuki durumlarına ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade ederken; dar anlamdaki kamu görevlisi kavramı, devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevlilerle, özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmek amacıyla kullanılmıştır⁷. Anayasanın 128. maddesinde de dar anlamdaki kamu görevlisi kavramı esas alınmış olup genel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalışanlar kastedilmiştir⁸.

Anayasa'nın "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri"ne ilişkin olarak öngörmüş bulunduğu kanun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur⁹. Kanun'un "İstihdam şekilleri"ni düzenleyen 4. maddesindeki, "*Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler¹⁰ eliyle gördürülür.*" şeklindeki ifade tarzında da memurlar dışındaki kamu görevlilerinin sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur¹¹. Burada sözü edilen istihdam şekillerinden biri olan "sözleşmeli personel", diğer istihdam şekillerinde olduğu gibi 4. maddenin devamında düzenlenmiştir.

657 sayılı Kanun'un 4. maddenin "B" bendine göre, "*Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hüllere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir. (36 ncı maddenin II - Teknik Hizmetler Sınıfında belirtilen*

6 Metin **Günday**, İdare Hukuku, 2. B., Ankara 1997, s. 386.

7 Bunu "kamu hukuku statüsü" olarak ifade edenler de vardır. Bkz. Turhan **Esener**, İş Hukuku, Ankara 1973, s. 75.

8 **Günday**, s. 386-387.

9 R.G., 23.07.1965, S. 12056.

10 İdarenin İş Kanunu'na göre çalıştırdığı işçi niteliğindeki kişilerle akdettiği hizmet akitleri bir özel hukuk sözleşmesi olup bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının görev alanına girer. Bu konu ile ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararları için bkz. Kemal **Gözler**, İdare Hukuku, C. II, Bursa 2003, s. 66-67.

11 Ayrıca bkz. **Günday**, s. 388-389.

g6revlerde yukarıdaki fıkra uyarınca çalıştırılanlar için, işin geçici şarti aranmaz.)

Ancak, yabancı uyrukluların; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenlerin m6tercimlerin; terc6manların; Mill6 Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan 6ęretmen ihtiyacının kadrolu 6ęretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde 6ęretmenlerin¹²; dava adedinin azlığı nedeni ile kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde avukatlarını, kadrolu istihdamın m6mk6n olamadığı hallerde tabip veya uzman tabiplerin; Adli Tıp M6essesesi uzmanlarının; Devlet Konservatuvarları sanatçı 6ęretim 6yelerinin; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatularının; bu Kanuna t6bi kamu idarelerinde¹³ ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde s6zleşme ile istihdamları caizdir.

(Ek paragraf: 4/4/2007-5620/4 md.) S6zleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav ile istisnaları, bunlara 6denebilecek 6cretlerin 6st sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, kullanılacak izinler ve bu hususlara ilişkin esas ve us6ller Bakanlar Kurulunca kararlaştırılır. ” şu halde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, s6zleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle y6r6t6l6r. S6zleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan d6rt istihdam t6r6nden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin¹⁴ insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmif istisnalardan biri olarak dikkati çekmektedir.

S6z konusu bu d6zenlemede, 6ncelikle s6zleşmeli personelin, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan 6nemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere m6nhasır olmak 6zere 6zel bir meslek bilgisine ve ihtisasına

12 21.03.2006 tarihli ve 5473 sayılı Kanunun 3 6nc6 maddesiyle; “terc6manların;” ibaresinden sonra gelmek 6zere “Mill6 Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan 6ęretmen ihtiyacının kadrolu 6ęretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde 6ęretmenlerin;” ibaresi eklenmiştir.

13 04.04.2007 tarihli ve 5620 sayılı Kanunun 4 6nc6 maddesiyle bu paragrafta yer alan “, Bakanlar Kurulunca tespit edilecek esas ve şartlarla” ibaresi madde metninden çıkarılmış, “Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı” ibaresi “bu Kanuna t6bi kamu idarelerinde” şeklinde değiştirilmiştir.

14 Kamu hizmeti, kısaca bir kamu t6zel kişi tarafından veya onun kontrol6 altında bir 6zel kişi tarafından y6r6t6len kamu yararını gerçekleştirmeye y6nelik bir faaliyet olarak tanımlanabilir. 6rneğin, ulusal savunma, kolluk, eğitim, sağlık, n6fus kayıtlarının tutulması gibi hususlar hep birer kamu hizmetidir. Bkz. Kemal G6zler, İdare Hukuku, C. I, Bursa 2003, s. 63, dn. 98.

ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalıştırılabileceği vurgulanmış; *sonra* da bunun yöntemi açıklanmıştır. Buna göre, sözleşmeli personel ancak çalıştıracak kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılabilecektir. Bu türde çalıştırılmasına karar verilen sözleşmeli personelin işçi sayılmayıp kamu hizmeti görevlisi olduğu da ayrıca belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, hukukumuzda memurlar ve işçiler dışında özellikle kamu iktisadi teşebbüslerinde (KİT) istihdam edilen ve sözleşmeli personel olarak adlandırılan bir çalışan grubu da bulunmaktadır. KİT'lerde istihdam edilen sözleşmeli personel, 05.02.1992 tarihli ve 3771 sayılı yasayla değişik 29.01.1990 tarihli ve 399 sayılı kanun hükmünde kararnameye (KHK)¹⁵ uygun olarak çalıştırılmaktadır¹⁶. Kararnamenin ek I sayılı cetvel dışında kalan 399 sayılı kararnamede öngörülen esaslar çerçevesinde kurulacak bir sözleşme ile işe alınan personel, işçi veya memur niteliğini taşımayıp sözleşmeli personel olarak nitelenmekte ve çalışma koşulları tümüyle adı geçen kararname ile belirlenmektedir (m.3/c)¹⁷.

Bunun yanı sıra 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi'ne dayanarak da sözleşmeli personel çalıştırılmaktadır. Bu kapsamda sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılma da belirli alanlarda uygulama imkanı bulmakta, yasal statüsü nedeniyle pek çok uyuşmazlığa da neden olmaktadır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu 25.04.2001 tarihinde yukarıda belirtilen benzer özellikleri taşıdığı kabul edilen bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa bakacak yargı organının İş Mahkemesi olduğu sonucuna ulaşmış iken; 14.03.2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında isabetli olarak bu içtihat-tan dönülmüş ve bu nitelikteki sözleşmeli personelin uyuşmazlıklarının İş Kanunu kapsamında olmayıp idari yargı bünyesinde çözülmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

¹⁵ R.G., 29.01.1990, S. 20417 Mükerrer. Bu kararnamenin tüm maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan dava üzerine. Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükümlerden birçoğunun iptaline ve iptal hükümlerinin yayımlandığı günden başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir (AYM, 04.04.1991, E. 1990/12, K. 1991/7, R.G., 13.08.1991, S. 20959). Bu konu hakkında ayrıca bkz. Çelik, s. 36; Kadriye Bakırcı, "Anayasa Mahkemesi'nin 399 Sayılı KHK'yi İptal Kararının Değerlendirilmesi", İHD, Ocak-Mart 1992, s. 86-104.

¹⁶ 399 sayılı KHK'nin birçok hükmünün iptal edilmesi üzerine 399 Sayılı Kanun Hükmünde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 3771 sayılı Kanun (R.G., 11.02.1992, 21139) çıkarılmıştır. Bu düzenlemelere göre sözleşmeli personel işçi değil kamu görevlisidir. Bu konuda bkz. Çelik, s. 36.

¹⁷ Sarper Süzek, İş Hukuku, 2. B., İstanbul 2005, s. 124; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2005, s. 122-123.

C. 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na Göre Hizmet Sözleşmesi İle Sözleşmeli Personel İstihdamı

1. Dava Konusu Uyuşmazlık Açısından Sözleşmeli Personel İstihdamı

1978 yılı Bütçe Kanunu'na konulan bir hükme (12. maddeye) dayanılarak çıkarılan 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na¹⁸ göre de sözleşmeli personel çalıştırıldığı görülmektedir. Kararnamede belirtilen "Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar" 18 maddeden müteşekkil olup sözleşmeli personel çalıştırılmasının genel ilkelerini açıklamaktadır. Daha sonraki yıllarda da bütçe kanunlarına konulan hükümlerle bu genel ilkelerin sürekliliği ve bu ilkelerde değişiklik yapılması olanağı sağlanmıştır¹⁹.

Çıkarıldığı tarihten sonraki dönemlerde birçok kez değişikliğe uğramış olan²⁰ söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının *birinci maddesinde*, hangi kurum ve kuruluşlarda sözleşmeli personel çalıştırılabileceği belirtilerek kapsam belirlenmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, genel itibariyle, genel bütçeye dahil dairelerde, katma bütçeli idarelerde, döner sermayeli kuruluşlarda, belediyelerde, özel idarelerde ve kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel bütçeli idareler ile 233 sayılı KHK²¹ kapsamı dışında kalan kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılacak personel hakkında bu kararnamede belirtilen hükümlerin uygulanacağı vurgulanmıştır. Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nin çıkarılması-ndaki amacın, bazı kurum ve kuruluşların kararname dışında bırakılması-nın yanı sıra Bakanlar Kurulunun kendisine verilen yetkiyi kullanarak deği-

¹⁸ R.G., 28.06.1978, S. 16330.

¹⁹ "657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde öngörülen sözleşmeli personel statüsünün esasları, anılan hükmün ve 1978 yılı Bütçe Kanununun 12. maddesinde yer alan genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeli kuruluşlar, belediyeler, özel idareler ve kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşme ile çalıştırılan personelin çalıştırılma genel esaslarının Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir çerçeve kararnameyle saptanacağı hükmüne dayanılarak çıkarılan 6.6.1978 günlü, 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararının her yıl bütçe kanunlarına konulan hükümlerle yürürlüğü devam ettirilmiş bulunmaktadır..." **Danıştay 11. D.**, 25.10.2001, E. 2001/365, K. 2001/2335, Kazancı. Ayrıca bkz. **Bakırcı**, s. 69.

²⁰ Örneğin 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, 09.02.1979 tarih ve 7/17150 sayılı; 16.01.1982 tarih ve 8/4566 sayılı; 03.02.1982 tarih ve 8/4250 sayılı; 03.05.1982 tarih ve 8/4686 sayılı; 19.02.1985 tarih ve 85/9154 sayılı; 15.05.1986 tarih ve 86/10682 sayılı; 11.09.1990 tarih ve 90/902 sayılı; 09.07.1996 tarih ve 96/8342 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile değişikliğe uğramıştır.

²¹ KİT'lerle ilgili olarak 233 sayılı KHK'nin birçok hükmünün AYM tarafından iptal edilmesi üzerine 399 sayılı KHK çıkarılmıştır. Bugün için KİT'ndeki personelle ilgili hükümlerin 399 sayılı KHK ile düzenlendiği görülmektedir. Bkz. **Tunçomağ/Centel**, s. 48; **Çelik**, 35-36.

şik esaslar koyması olduğu ancak bunun kurum ve kuruluşların bunlardan kurtulma çabaları nedeniyle yeterince gerçekleştirilemediği görülmektedir²².

İkinci maddesinde, birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlilerinin “sözleşmeli personel” olarak nitelendirildiği ifade edilmiştir. *Üçüncü maddesinde*, sözleşmeli personele ödenecek ücretlerin aylık brüt tutarı ile sağlanacak diğer parasal menfaatlerin üst sınırı belirtilmiş olup istisnaları açıklanmıştır. *Dördüncü maddesinde*, personelin görev yeri dışında çalıştırılmayacağı, görev yeri dışında çalıştırılacakların tabi olacağı kurallar; *beşinci maddesinde* ise, sözleşmelerin bütçe yılı ile sınırlı olduğuna yönelik genel kuralın yanı sıra zorunlu durumlarda Maliye Bakanlığının olumlu görüşü alınarak iki yıla kadar sözleşme yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. *Altıncı maddesinde*, ilgililerin görev dışında başka bir işte çalıştırılmayacağı; *yedinci maddesinde* personele sözleşme ücreti dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamayacağı ve sözleşmelere de bu yolda hüküm konulamayacağı düzenlenmiş olup özel durumlar açıklanmıştır²³. *Dokuzuncu maddesinde* ise, hizmet süre-

22 Bkz. Bülent Serim, Öğretide Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987, s. 113-116; Bakırcı, s. 70.

23 “657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde öngörülen sözleşmeli personel statüsünün esasları, anılan hükmün ve 1978 yılı Bütçe Kanununun 12. maddesinde yer alan genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeli kuruluşlar, belediyeler, özel idareler ve kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşme ile çalıştırılan personelin çalıştırılma genel esaslarının Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir çerçeve kararnameyle saptanacağı hükmüne dayanılarak çıkarılan 6.6.1978 günlü, 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararının her yıl bütçe kanunlarına konulan hükümlerle yürürlüğü devam ettirilmiş bulunmaktadır.

1978 yılı Bütçe Kanununun 12.maddesine göre Bakanlar Kurulunca 9.2.1979 tarihinde çıkarılan 7/17150 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 6.6.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “Sözleşme ile çalıştırılacak personele çalışma ücreti dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz.” hükmünün devamına “..... ve sözleşmelere bu yolda hüküm konulmaz.” ibaresi eklenmiş, aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise, yurt dışında çalıştırılacak sözleşmeli personele iş sonu tazminatı ödenmesinin esasları belirlenmiş, maddenin 4. fıkrasında da, hangi hallerde iş sonu tazminatı verilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, sözleşmeli personele, çalışmakta iken sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılmayacağı, yurt dışında çalıştırılan yabancı uyruklu personele ise belirtilen esaslar çerçevesinde işsonu tazminatı verileceğinin kurala bağlandığı, ancak yabancı uyruklular dışında kalan sözleşmeli personele hangi esaslar dahilinde iş sonu tazminatı veya ikramiye ödeneceğine ilişkin bir düzenlemenin yapılmadığı ve dava konusu uyumsuzluğun da, bu eksik düzenleme nedeniyle ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

Çalışanların Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının, bu konudaki diğer hukuksal düzenlemelerde de yer alması gerekmektedir. Dolayısıyla, 657 sayılı Kanun ve 1978 yılı Bütçe Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin doğal sonucu; di-

si 1-10 yıl arası personele yirmi g6n; 10 yıldan fazla olanlara otuz g6n ücretli yıllık izin verileceğinin yanı sıra doğum, evlilik ve 6l6m hallerindeki izin s6releri belirtilmiştir. *Onbirinci maddesinde*, 6demelerin her ay başında peşin yapılacağı; *onikinci maddesinde* 65 yaşını bitirmiş olanların s6zleşme ile 6alıştırılmayacakları ve 65 yaşını dolduranların s6zleşmelerinin hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceğii yer almıştır. *On666nc66 maddesinde* ise, Bakanlar Kurulunca Devlet Memurları için saptanan 6alışma saat ve s6relerinin s6zleşmeli personel için de uygulanacağı; o g6n bitirilmesi gereken işlerin bitirilmesi için 6alışma saatleri dışında da 6alışmak zorunda olduğu ve normal 6alışma saatleri dışında veya tatil g6nlerinde yapacakları 6alışmaları karşılığında herhangi bir 6cret 6denmeyeceğii belirtilmiştir. *Ond66rd66nc66 maddesinde*, 657 sayılı Kanunun 4/B h6km66 gereğince 6alıştırılacak s6zleşmeli personelin sayısı, unvanı, nitelikleri, 6creti ve s6relerinin Bakanlığın 6nerisi ile Devlet Personel Başkanlığının olumlu g6r6ř66 6zerine Maliye Bakanlığınca saptanacağı ve ilgili Bakanın onayı ile s6zleşmeli personel 6alıştırılabileceğii ifade edilmiştir.

Bakanlar Kurulu Kararıyla tespit edilen bu genel esasların dayanağı olan b6t66e kanunlarındaki h6k66mlerin Anayasaya aykırı olduğu g6r66lmektedir. Zira 1982 Anayasası'nın 161. maddesinin son fıkrasındaki "*B6t66e kanununa, b6t66e ile ilgili h6k66mler dışında hiçbir h6k66m konulamaz.*" şeklindeki h6k66m bu sonuca ulaşmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin pek 6ok b6t66e kanunundaki h6k66mleri "b6t66e ile ilgili olmadığı" gerek66esiyile iptal ettiğii bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında, bir h6k66m66n b6t66e ile ilgili sayılabilmesi için, o h6k66m66n yalnızca b6t66cenin uygulanması ile ilgili olması, uygulamayı kolaylaştırıcı, tamamlayıcı ya da a6ıklayıcı nitelikte bulunması gerektiğii ifade edilmiş; bir yasa kuralının b6t66eden harcamayı ya da b6t66eye gelir getirmeyi gerektirir nitelikte olmasının onun "b6t66e ile ilgili h6k66mler"den sayılmasına neden olamayacağı, ger66ek an-

ğ66er 6alışanlara olduğu gibi s6zleşmeli personele de iş sonu tazminatının verilmesine ilişkin usul ve esaslara; konuyu d66zenleyen Bakanlar Kurulu Kararında yer verilmesidir.

Bu durumda, gerek s6zleşmeli personel arasında iş sonu tazminatı ve ikramiye y66n66nden oluşan farklılığın giderilmesi, gerekse kamuda 6alışan diğ66er personelle s6zleşmeli 6alışanlar arasındaki eşiitsizliğin kaldırılması bakımından, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında bu konuda bir d66zenleme yapılmaması ve 7. maddesinde, yabancı uyruklu personel dışındaki s6zleşmeli personelle ilgili iş sonu tazminatına yer verilmemiş olması eşiitlik ilkesine ve hukuka aykırı bulunmaktadır.

Dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında ve davacı ile idare arasındaki s6zleşmede yer alan, iş sonu tazminatı verilmeyeceğine dair h6k66me dayanılarak, davacının iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmesi isteminin reddine ilişkin olarak tesis edilen işlemdede bu nedenle hukuka uygunluk g6r66lmemiştir." **Danıştay 11. D.**, 25.10.2001, E. 2001/365, K. 2001/2335, Kazancı.

lamda bütçe kavramı dışında kalan konulara bütçe kanunlarında yer verilmemesinin amaçlandığı belirtilmiştir²⁴.

Ancak ne var ki, bütçe kanunlarındaki bütçe ile ilgili olmayan, ayrı bir yasa konusunu oluşturan pek çok düzenlenmenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen; 1978 yılından bu zamana kadar bütçe yasalarında yer alan sözleşmeli personele ilişkin düzenlemeler dava konusu yapılmamıştır²⁵. Bunun yanı sıra, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrası dışında, yetki devrini yasaklayan 7. maddesi ile kamu hizmeti görevlilerine ilişkin 128. maddeye de aykırı olduğu ileri sürülmektedir²⁶.

2. 7/15754 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'na Göre Sözleşmeli Personel Çalıştırmaya Örnek Durumlar

Son on yıl içerisinde, SSK hastanelerinde, 506 sayılı Kanun'un 123. maddesine dayanarak ebe, laborant, röntgen teknisyeni, anestezi teknisyeni ve eczacı gibi özel meslek bilgi ve ihtisas gerektiren kişilerle sözleşme yapılarak istihdam edildiği ve bunların daha sonra görevlerinden ayrılması üzerine bir takım taleplerle yargı organlarına başvurdukları bilinmektedir. Zira söz konusu kişiler fazla çalışma alacaklarına ilişkin taleplerini İş Mahkemelerine götürmüşler, bazı İş Mahkemeleri de bu taleplerine (örneğin Üsküdar 1. İş Mahkemesi'nin, 03.07.2006, E. 2004/884, K. 2006/498 sayılı kararı) ücretin anayasal bir hak olduğu ilkesinden hareketle fazla çalışma ile hafta ve genel tatil alacaklarının hüküm altına alınması gerektiği yönünde olumlu cevap vermişler; hatta bu tür talepler Hukuk Genel Kurulunca da benzer tarzda hukuka uygun görülmüştür²⁷.

24 Bkz. AYM, 09.12.1976, E. 1976/34, K. 1976/52, R.G., 15.03.1977, S. 15879; AYM, 15.11.1984, E. 1984/11, K. 1984/11, R.G., 22.02.1985, S. 18674.

25 Bkz. Bülent Serim, "Sözleşmeli Personelin Hukuki Statüsü", Amme İdaresi Dergisi, C. 21, S. 1, Mart 1988, s. 135-153; Bakırcı, s. 70.

26 Bakırcı, s. 70.

27 "...Taraflar arasında mevcut sözleşmenin hukuki niteliğinin de irdelenmesi gerekir. Sözleşmenin başlangıcında bunun bir hizmet sözleşmesi olduğu bildirilmektedir. Sözleşmeli personel sıfatının kazanılmasında yukarıda açıklandığı gibi zorunlu ve istisnai durumun mevcut olması, Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca çalıştırılmasına karar verilmesi gibi koşullar tamamlanmadan yapılan sözleşmeyi gerçek anlamda bir hizmet sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Ayrıca özel koşullara bağlı olarak yapılması gereken idari sözleşmenin bu koşulları taşıyamaması halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin hizmet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Sözleşmede taraflar yapılacak iş ve verilecek ücret konusunda anlaşmışlardır. Bir hizmet sözleşmesine dayanarak herhangi bir işte çalışanlara işçi denildiğine göre, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin de işçi-işveren ilişkisi olarak kabulü ge-

SSK hastanelerinin 6rneğin eczacı niteliğindeki s6zleşmeli personel ile yaptıkları hizmet s6zleşmelerinde yer alan aylık brüt ücret, yıl sonuna kadar s6zleşme s6resi gibi h6k6mlerinin Maliye Bakanlığı'na belirlendiği, s6zleşmeli personellerle imzalanın Tip-2 t6r6 matbu hizmet s6zleşmelerindeki ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır. Tip-2 t6r6 Hizmet S6zleşmesinin yukarıda bazı 6zellikleri açıklanan Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirtilen "S6zleşmeli Personel alıştırılmasına İlişkin Esaslar"na uygun olarak d6zenlendiği g6r6lmektedir. Yine s6z konusu hizmet s6zleşmelerinde yer almayan h6k6mler hakkında da, Maliye Bakanlığınca (B6te ve Mali Kontrol Genel M6d6rl6ę6'n6n 31.01.2003 tarih ve 1688 sayılı yazısında da belirtildiği 6zere) 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Bu kapsamda istihdam edilenlere y6nelik olarak, T6rk Sağlık İşçileri Sendikasıyla yapılan s6zleşme g6r6şmelerine katılan Kamu-İş Sendikası Başkanlığı da, isabetli bir şekilde, 14.05.1999 tarih ve 601 sayılı yazılarında olduğu gibi, ilgililerle yapılan s6zleşme h6k6mleri gereği işçi sayılmayan ve kamu hizmeti g6revlisi niteliğindeki s6z konusu personelin, işçi sayılmadıkları için Sendikalar Kanununun 20. maddesi ile y6r6rl6kteki toplu iş s6zleşmesi h6k6mleri gereği Sağlık İşçileri Sendikası'na 6ye olmalarının ve toplu iş s6zleşmesinden yararlanmasının m6mk6n olmadığı y6n6nde g6r6ř bildirmiştir. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 yılında verdiği isabetsiz bir kararında, taraflar arasındaki sendika aidatı alacağına y6nelik aynı kapsamda çalışan personele ilişkin uyuşmazlıkta aksi y6nde içtihat geliştirmiş ve uyuşmazlığın adli yargıda 6z6mlenmesi gerektiğini kabul ederek davanın olumlu sonuçlandırılması gerektiğini ifade etmiştir.

S6z konusu HGK kararında, 6zetle, "*Davacı-sendika, TİS uyarınca 6denmesi gereken bir kısım 6yelerinin sendika aidatlarının 6cretlerinden kesilmemesi ve sendikaya g6nderilmemesi nedeniyle alacak talebinde bulunmuştur. Uyuşmazlık, davacı sendikaya 6ye olan kişilerin işçi stat6s6nde*

rekir. Sosyal Sigortalar Kurumu bu ilişkiyi tek taraflı olarak ortadan kaldıramaz. Bu şekilde çalışan kişilerin hizmet akdiyle çalıştıkları belirlendiğine ve hizmet akdiyle çalışan kişilerde işçi sınıfatım taşıdıklarından, 2821 sayılı Sendikalar Yasası çerçevesinde sendikaya 6ye olma halleri bulunduğundan, 6ye oldukları sendikanın işveren kuruluştan sendika aidatı talep etme hakkı bulunmaktadır. Mahkemenin, 6zel Dairenin alışan kişilerin s6zleşmeli personel olduklarının kabul6 gerekir şeklindeki bozma kararına y6nelik direnmesi yerindedir. Ancak 6zel Daire tarafından aidat alacağı y6n6nden bir inceleme yapılmadığından bu y6nde değerlendirme yapılması için dosya 6zel Daireye g6nderilmelidir. Mahkemenin dava konusu kişilerin hizmet akti ile çalıştıkları gerekçesiyle davanın kabul6ne ilişkin direnme kararı yerinde olup, aidat alacağı y6n6nden inceleme yapılması için dosyanın 9. Hukuk Dairesine g6nderilmesine, 25.04.2001 g6n6nde, oyçokluğu ile karar verildi" **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır. SSK gerekli gördüğü yerlerde hastane, eczane, hekim, eczacı ve ebelerle ve diğer gerçek ve tüzel kişilerle sözleşme yapmaya yetkilidir. Her yerde sabit sağlık tesisi ve müessesesi bulunmayan SSK, o yerdeki serbest çalışan sağlık elemanları ve müesseseleri ile anlaşarak sigortalılarına hizmet verebilir. Söz konusu sağlık tesislerinde çalışanların hukuki statüleri tartışmalıdır. Bu kişilerin kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin ve hizmet akdi ile çalıştıklarının kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle üye oldukları sendikanın işveren kuruluş olan SSK'ndan sendika aidatı talep etme hakkı vardır.”²⁸ gerekçelerine dayanarak bu kişilerin hukuki statülerinin tartışmalı olduğunu ancak bu kişilerin kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin ve hizmet akdi ile çalıştıklarının kabulünün gerekeceğini, dolayısıyla sözleşmeli personel olamayacaklarını karara bağlamıştır.

Davacının sözleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı “Hizmet Sözleşmesi” başlıklı belgede; sözleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte, hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği; sözleşmeli personel olabilme şartlarının yitirilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda sözleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, sözleşmeli personelin, mevzuatına uygun olarak birinci maddede belirtilen kuruluşlarda sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu görevlileri olduğu ifade edilmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının özel kanunları uyarınca istihdam edecekleri, bu bağlamda Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığının 506 sayılı Kanun’un 123. maddesi uyarınca istihdam edeceği *sözleşmeli personel*, “*Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar*” çerçevesinde istihdam etmek zorundadırlar. Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığında 506 sayılı Kanun’un 123. maddesi uyarınca sözleşmeli personel pozisyonunda istihdam edilen personelin hizmet sözleşmelerinde bulunmayan hükümler hususunda 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar”ın dikkate alınması gerekeceği de açıktır. *Söz konusu sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunmaktadır.* Davacının sözleşmeli personel olarak çalıştırılmış olduğu, taraflar arasında her yıl düzenlenen sözleşmelerde de, davacının sözleşmeli personel statüsünde olduğu, sözleşmenin 657 sayılı Kanununun 4/B maddesi ve 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnamenin değişik 14. maddesi uyarınca akdedildiği, sözleşmede yer almayan hususlar hakkında Kararname hükümleri çerçevesinde işlem yapılacağı belirtilmekte olup, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Mü-

²⁸ YHGK, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

d6rl6g6'nce B6t6e Kanunu uyarınca vize edildiği ifadesine de yer verildiği g6r6lmektedir²⁹.

Bu durumda s6zleşmeli personel, kendileriyle imzalanan idari nitelikli "Hizmet S6zleşmesi" ile bunda h6k6m bulunmayan hallerde 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirtilen "S6zleşmeli Personel alıştırılması-na İlişkin Esaslar"a tabi oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Bu nedenle, işçi sayılmayan ve bu t6rde istihdam edilen personelin uyuşmazlıklarının da iş mahkemelerinde değil idare mahkemelerinde g6r6lmesi gerektiği açıktır. Ancak Hukuk Genel Kurulu, b6y6k olasılıkla, bir işçi sendikasına 6ye olan kişinin ancak Sendikalar Kanunu anlamında işçi olduğunu kabul gerçeğinden hareket etmiş, işçi kabul edilen kişilerin uyuşmazlığının da iş yargısına (adli yargıya) tabi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Oysa, burada, dava konusu şahsın işçi sendikasına 6yeliğinin geçerli olup olmadığının da tartışılması gerektiği ve işçi sayılmadığı için işçilik haklarından yararlanamayacağı sonucuna ulaşılması daha isabetli olabilirdi. Bir s6zleşmeli personel stat6s6ndeki şahsın işçi sendikasına 6ye olmasının geçersizliğine y6nelik uyuşmazlık ise ayrı bir konu olup bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

3. S6zleşmeli Personel ve İşçi Ayırımında Dikkate Alınacak Kriterler

Uyuşmazlık konusu davada, asıl sorun olan iş mahkemesinin g6revli olup olmadığının belirlenmesi için 6ncelikle çalışma ilişkisinin niteliği tespit edilmeli ve belirlenen çalışma ilişkisine g6re de yargı yolu belirlenmelidir. Bu açıdan, çalışan kimsenin tabi olduğu şartların değişik açılardan ele alınarak bir sonuca ulaşılmasında yarar vardır.

Her şeyden 6nce personelle yapılan s6zleşme (idari hizmet s6zleşmesi) kamu hukuku karakterli olmalıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, s6zleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle y6r6t6l6r. S6zleşmeli personel, 657 sayılı Kanunda sayılan d6rt istihdam t6r6nden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisna olup, kamu hizmetine memurlar gibi atama ile değil, s6zleşme ilişkiyle bağlanmışlardır. Aynı şekilde 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kara-

²⁹ "Davacının uzun yıllardan beri bu h6k6m kapsamında s6zleşmeli personel olarak çalıştırılmış olduğu, Taraflar arasında her yıl d6zenlenen s6zleşmelerde de, davacının s6zleşmeli personel stat6s6nde olduğu, s6zleşmenin 657 sayılı Kanunun 4/B maddesi ve 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararnamenin değişik 14. maddesi uyarınca akdedildiği, s6zleşmede yer almayan hususlar hakkında Kararname h6k6mleri çerçevesinde işlem yapılacağı belirtilmekte olup, Maliye Bakanlığı B6t6e ve Mali Kontrol Genel M6d6rl6đ6'nce B6t6e Kanunu uyarınca vize edildiği ifadesine yer verildiği g6r6lmektedir", **YHGK**, 06.12.2006, 2006/9-769-781.

rı'nda belirtilen ilkeler çerçevesinde çalıştırılanlar da sözleşmeli personel statüsünde bulunmaktadırlar. Şu halde, sözü edilen kapsamlarda çalıştırılan sözleşmeli personeller, idari hizmet sözleşmeleriyle çalıştırılmaktadır³⁰. Bu durumda hizmet sözleşmesiyle istihdam edilen işçilerle kavramsal bir benzerlik söz konusudur; her ikisi de hizmet sözleşmesi ile çalıştırılmaktadır ancak, sözleşme ilişkisinde ana ilke olan "irade serbestisi" (sözleşme özgürlüğü) kuralı, idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli personel çalıştırılmasında geçerli değildir. Bu yönüyle, sözleşmeli personelin çalışmasına dayanak oluşturan ve irade serbestisine dayanmayan sözleşme kavramı, irade serbestisine dayanan işçinin sözleşmesinden farklıdır³¹.

Bilindiği üzere, idari sözleşmeler "kamu kuruluşlarının, idare hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler"dır³². Bu sözleşmeleri, yönetimin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerden ayırmak için³³, sözleşmenin konusunu oluşturan ilişkiye bakmak gerekir. *Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik varken³⁴, idari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye, kamu yararının temsilcisi ve*

30 Mollamahmutoğlu, s. 123.

31 İş hukukunda sözleşme özgürlüğü (irade serbestisi) hakkında bkz. Adil İzveren, İş Hukuku, I, II, III, Ankara 1974, s. 28-30.

32 İdarenin yaptığı bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için, sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması, sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmenin özel hukuku aşan hükümler içermesi gerekir. İdari sözleşmelerin niteliğinin belirlenmesine yönelik kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, C. II, s. 8-45.

33 Bilindiği üzere hizmet (iş) sözleşmesi hukuki niteliği bakımından bir özel hukuk (Borçlar Hukuku) sözleşmesi olup sözleşme yapma ehliyetine sahip iki tarafın birbirine uygun serbest iradeleri sonucu kurulur. Bu husus iş sözleşmesinin en temel özellikleri arasında yer alır. Bu konu hakkında bkz. Çelik, s. 82; Centel, s. 82-83; Öner Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 3. B., İstanbul 2006, s. 58; Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/E. Tuncay Senyen-Kaplan, İş Hukuku, 2. B., Ankara 2007, s. 81; Sümer, s. 37; Fatih Uşan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, C-1 İş Hukuku, Ankara 2006, s. 45; A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, 11. B., İstanbul 2006, s. 77; Süzek, s. 247; İhsan Erkul/Nuray Gökçek Karaca, 4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulamaları, Eskişehir 2004, s. 93.

34 Sözleşme yapıp yapmamak ya da sözleşmelerin hükümlerine tabi olmak hususunda gerçek veya tüzel bütün kişiler eşittirler. Hatta devlet ile gerçek kişiler arasındaki özel hukuka giren sözleşmeler hususunda da tam bir eşitlik vardır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel hükümler, 6. B., İstanbul 1988, s. 78. Hizmet (iş) sözleşmesi, birbirleri karşısında eşit haklara sahip kılınmış olan kişiler arasında söz konusu olacak ilişkiyi, yani özel hukuk ilişkisini kurar. Bkz. Centel, s. 82; Çelik, s. 82.

sorumlusu olarak, karşı tarafa göre bazı üstünlükler tanınmıştır³⁵. Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsamaması gerekir³⁶. Başka bir anlatımla, bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu taktirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların, idareye kamu gücünden³⁷ doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekir. *Özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmayan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmelerin en belirgin özelliğidir.* Bu hükümler, özel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. *Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur. İdarenin üstünlüğünün ve otoritesinin tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumlarında sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.* Bu açıdan idari sözleşme ile çalışan sözleşmeli personelin işçi olarak kabul edilmesi mümkün değildir³⁸.

35 **Günday**, İdare Hukuku, 2. B., Ankara 1997, s. 14-15, 87-88. İdare hukukuna kamu yararı düşüncesinin egemen olması, bu hukuk dalındaki hukuki ilişkilerin (durumların) genellikle kuralsal olması ve bu hukuki durumlara tek yanlılık ve eşitsizliğin hakim olması sonucunu doğurur. Özel hukuk alanındaki hukuki durumlar ise iradidir. Yani taraflar yaratacakları hukuki durumların içeriğini kendi serbest iradeleriyle belirlerler. Bkz. **Günday**, s. 87-88.

36 İdari sözleşmeleri belirleyici bir başka kriter ise, sözleşme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, her kamu hizmetine yönelik sözleşmenin idari sözleşme olduğu söylenemez. Çünkü idareler kamu hizmetini, yaptıkları özel hukuk sözleşmeleri ile de yerine getirebilirler.

37 İdarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı işler, idare hukukuna tabidir. Bu işlerden doğan uyuşmazlıklara da idari yargı da bakılır. Bu ölçüte göre idarenin tasarrufları, biri, emretme iradesini açıkladığı hakimiyet tasarrufları (kamu gücü işlemleri, otorite işlemleri) ile diğeri, idarenin bir malik veya işletmecisi sıfatıyla yaptığı temsilî tasarrufları (işletme işlemleri)dir. Bkz. **Gözler**, s. 60-62.

38 **Aktay/Arıcı/Senyen-Kaplan**, s. 62; Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 13. B., Konya 2007, s. 15; **Erkul/Gökçek-Karaca**, s. 93; Aynı yönde bkz. **İzveren**, s. 64. "Sözleşmeli personel" olarak çalışan kişi işçi sayılamaz. Bu nedenle sözleşmenin bozulması ile ilgili dava-

Sözleşmeli personelde, idarenin kanuniliği ilkesi gereği³⁹, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapma yöntemi yukarıda da belirtildiği gibi, mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamakta, kamu gücü etkin bulunmaktadır. Yapılan sözleşmeler, iş hukukundaki iş sözleşmelerinden farklı olarak “idari hizmet sözleşmeleri” niteliğinde kabul edilmektedir⁴⁰. Bilindiği üzere, işçi niteliğini taşımayan kamu görevlileri ile idare arasında akdedilen sözleşmeler mahkeme içtihatlarına göre idari sözleşme sayılmaktadır⁴¹. Anılan sözleşmelerin, koşulları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş “tip sözleşmeler” niteliğinde olduğu görülmektedir. Davacının sözleşmeli personel sıfatıyla imzaladığı “Hizmet Sözleşmesi” başlıklı belge incelendiğinde de, iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmeyeceğinin peşinen kabul edileceği, sözleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği, sözleşmeli personel olabilme şartlarının yitirilmesi halinde ve diğer belirlenen durumlarda sözleşmenin feshedileceğinin peşinen kabul edildiği, sözleşmede yer almayan hususlarda Devlet Konukevleri Yönetmeliği ile 7/15754 sayılı Kararname hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Belirtilen sözleşme hükümleri dikkate alındığında, taraflar arasında sözleşme ile eşit yükümlülükler öngörülmediği belirgindir. Bu yönüyle de söz konusu sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunmaktadır.

Yargıtay HGK'nun 2001 tarihli kararına ilişkin karşı oy yazılarında, *“Davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun kendisine ait hastane ve sağlık tesislerinde hizmet akdine dayalı olarak çalıştırmakta olduğu personelden ayrı olarak sağlık hizmetlerini daha iyi yürütebilmek amacıyla, Sosyal Sigorta-*

lara İş Mahkemesinde değil, genel yargı yerinde bakılmalıdır”, **Y9HD**, 09.11.1989, E. 1989/6521, K.1989/9661, Kazancı.

39 İdarenin kanuniliği ilkesinin iki değişik anlamı vardır. İdarenin eylem ve işlemleri kanuna dayanmalı, hem de bu eylem ve işlemler kanuna aykırı olmamalıdır. Yani kanun, idarenin faaliyette bulunabilmesinin hem şartı hem de sınırıdır. Bkz. **Gözler**, C. I, s. 110.

40 İdarenin bazı faaliyetlerini kendileriyle hizmet sözleşmesi yaptığı kişilere gördürmesi mümkündür. İdare ile bu kişiler arasında akdedilen hizmet sözleşmelerinin bir kısmı idare hukukuna, diğer bir kısmı ise özel hukuka tabidir. İdare hukukuna tabi bu tür hizmet sözleşmelerine “idari hizmet sözleşmesi” denir ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda karara bağlanır. Bu tür sözleşmeyle çalışan kişilere “sözleşmeli personel” adı verilmektedir. Buna karşılık özel hukuka tabi hizmet sözleşmelerine dayanarak çalışanlara ise “işçi” denir; bunlara Borçlar Kanunu veya İş Kanunu hükümleri uygulanır ve bunlardan doğan uyuşmazlıklar adli yargıda karara bağlanır. İdarenin bir gerçek kişi ile akdettiği sözleşmenin hangi türde olduğunun tespiti açısından dikkate alınacak kriter, “genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görev” niteliğinde olmasıdır. Bu konu ve bu konuya ilişkin yargı kararları için bkz. **Gözler**, C. II, s. 72-79.

41 **Günday**, s. 145.

lar Kanununun 123. maddesinin kendisine verdiği yetkiye dayanarak ihtiyaç duyduğu yerlerde bazı kişileri s6zleşmeli personel statüsünde alıştırma olanağı da mevcuttur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesi, S6zleşmeli Personelin; zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç g6steren geçici işlerde çalıştırılan bir kamu hizmeti personeli olduğu belirtilmiştir. Dava dosyasındaki yazı ve belgelerden dava konusu kişilerin, ebe, laborant, r6ntgen teknisyeni, anestezi teknisyeni gibi özel meslek bilgi ve ihtisas gerektiren kişiler oldukları davalı kurumun bu kişilerle geçici (bir yıllık) belirli s6reli s6zleşmeleri yaptığı anlaşılmaktadır. Dosyada 6rnekleri bulunan s6zleşmelerin 1. maddesinde, bu kişilerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin (A) bendinin 4. 5. 6. ve 7. fıkralarında belirtilen, devlet memurlarının işe alınmasındaki genel şartları taşıması gerektiğini ve aynı maddenin ikinci fıkrasında da 65 yaşım bitirmiş personelin s6zleşmeli olarak alıştırılamayacağını belirtmiştir. Halbuki 1475 sayılı İş Kanununda işçilerin işe alınmalarında ve hizmet akitlerinin sona erdirilmelerinde b6yle şartlar olmayıp, çok farklı h6k6mlere yer verilmiştir. S6zleşmenin 5. maddesinde; işçilerin aksine bu kişilerin ücretlerinin peşin olarak 6deneceği, 6. maddesinde; memurlarda olduğu gibi izin s6relerinin belirlendiği; 8. maddesinde; bu s6zleşmeli personelin Bakanlar Kurulunca memurlar için tespit edilen çalışma saatlerinin aynen uygulanacağı kararlaştırılmak suretiyle İş Kanununun 61. ve devamı maddelerinde işçiler için uygulanan çalışma saat ve s6relerinden ayrılmıştır. 15. maddede ise; bu s6zleşmenin tatbikatından doğacak anlaşmazlıklar için tarafların İdari Mahkemelerin yetkilerini kabul ettikleri h6kme bağlanmıştır. Dosya içine 6rnek olarak konulan altı adet s6zleşmede; bu kişilerin işe giriş tarihleri, s6zleşmelerin başlangıç tarihlerinden kısa bir s6re 6nce g6sterilmiş olması s6zleşmelerin geçersizliği için yeterli bir neden sayılamaz, bu husus ilgili kişilerin hemen sonra s6zleşmeli personel yapıldığını g6stermektedir. S6zleşmenin 9. maddesinde; ilgilinin 506 sayılı kanunun sağlık yardımlarından faydalanacağı belirtilmişse de, bu maddenin s6zleşmenin genel vasfını değiştirmeyeceği gibi, ilgili kişinin kurumun sağlık imkanlarından yararlanması için yardım maksadıyla konulduğu d6ř6n6lmelidir. S6zleşmenin başlangıç. kısmında ise aynen "s6zleşmeli personel, s6zleşme ile alıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti g6revlileridir" demek suretiyle, bu personellerin işçi olmadığını h6kme bağlamıştır.

B6t6n bu anlatımlara g6re bir kamu kuruluşu olan davalı Sosyal Sigortalar Kurumunun, konusu kamu hizmeti olan sağlık işlerinde kanunun kendisine verdiği yetkileri kullanmak suretiyle ve tek yanlı hareket g6c6ne sahip olarak mezkur s6zleşmelerle dava konusu kişileri s6zleşmeli personel olarak çalıştırdığı anlaşılmaktadır.

Yukarda belirtilen maddi ve hukuki olgular karşısında, bilgi ve belgelere dayanmayan afaki iddialara itibar edilemeyeceğinden bahis konusu sözleşmelerin geçersiz olduğuna dair görüşe de katılmak mümkün değildir. Bu durumda dava konusu ilgili kişilerin 1475 sayılı İş Kanununun 1. maddesinde belirtilen manada işçi sıfatını taşımadıklarından sözleşmeli personel statüsünde çalıştıkları sonucuna vardığımızdan Yüce Genel Kurulun çoğunluk kararına katılmıyoruz.”⁴² denilmek suretiyle, sözü edilen kategoride hizmet sözleşmesi ile çalışanların işçi değil sözleşmeli personel olduğu, dolayısıyla İş Kanunu'nun uygulanma imkanının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Belirtelim ki, “işçi” olarak nitelenen kişiler, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde ifade edildiği üzere “bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi”lerdir. İşçi niteliğinin kazanılması iş sözleşmesinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur. Özel hukuk karakterli sözleşmelerde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişileri serbestçe seçebilirler. İdari sözleşmelerde ise, çerçevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır. İş Kanununa göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir. Bu nedendir ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar ise idari yargıda giderilmektedir⁴³.

Ne var ki, HGK'nun 2001 tarihli kararında, isabetsiz bir tarzda, sözleşmeli personel statüsünde çalışan kişinin, işçi niteliğine sahip bulunduğu şu gerekçelerle ifade edilmiştir: “...*Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu, Kuruma ait hastanelerde çalıştırılan ve kendilerinin hizmet akdiyle çalıştıklarını ileri süren kişilerle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumunun 123. maddesine göre sözleşme imzaladığını ve dolayısıyla bu kişilerin sözleşmeli personel, sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olduklarını ileri sürmektedir.*

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, aynı maddenin (B) bendinde ise sözleşmeli perso-

⁴² **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı.

⁴³ **Y9HD**, 16.11.1989, E. 1989/6560, K. 1989/9897, İşveren Dergisi, C.38, S. 5, Şubat 1990, s. 16; **Y9HD**, 01.11.1991, E. 1991/9212, K. 1991/13697, **Mollamahmutoğlu**, s. 123, dn. 26. Ayrıca bkz. Şeref **Gözübüyük**, Yönetim Hukuku, Ankara 1983, s. 198-199.

nel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan zemini ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığının görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlisi olarak tarif edilmiştir.

Davalı Sosyal Sigortalar Kurumu, çalıştırdığı kişilerin bu yasa maddesinde tarif edilen sözleşmeli personel kavramı içinde yer alamayacağını bilinciyle bu kişilerle Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesine göre sözleşme yapıldığını ileri sürmektedir. Gerçekten bu kişiler sürekli sağlık hizmetlerinde çalıştırılmaktadırlar. Sözleşmeli personel ancak özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalıştırılabilirler. Çalıştırılan kişiler özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına sahip kişilerde değildir. Yine bu kişiler için Kurumca Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığında görüş alınarak Bakanlar Kurulu kararı da alınmamıştır. Ayrıca sözleşmeli personel istihdamına olanak verilen meslek gruplarında yasa koyucu zorunlu haller koşulunu getirmiştir. Statüleri anlaşmazlığa neden olan kişilerin sözleşmeli personel olarak çalıştırılmalarında zorunlu bir neden de bulunmamaktadır. Bütün bu anlatımlar karşısında, bu kişilerin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu açısından sözleşmeli personel olarak vasıflandırılmalarına yasal olanak bulunmamaktadır.

Davalı Kurum Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesinden hareketle sözleşme yaptığını ileri sürmektedir. Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesinde "...kurum, gerekli gördüğü yerlerde hastane, eczane, hekim, eczacı ve ebelerle ve diğer gerçek ve tüzel kişilerle sözleşmeler yapmaya yetkilidir..." denilmektedir. Maddenin bu hükmüyle her yerde sabit sağlık tesisi ve müessese kuramayan Kurumun o yerde ki serbest çalışan sağlık elemanları ve müesseselerle anlaşabilmesi ve sigortalılarına sağlık hizmeti verebilmesi için bu yasa maddesi kabul edilmiştir. Ancak hukuki statüleri tartışma konusu yapılan sağlık elemanları Kurumun yataklı tedavi kurumlarında sürekli olarak çalıştırılan kişiler olmaları nedeniyle bu kişilerle yapılan sözleşmelerin Sosyal Sigortalar Kanununun 123. maddesine göre yapıldıklarının kabulüne de olanak yoktur.

Davalı Kurum bu kişilerin memur olduklarını da ileri sürmemiştir. 657 sayılı Yasanın 4. maddesinin (D) bendinde; (A), (B), (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan kişilerin işçi oldukları öngörülmektedir. Davalı Kurum, çalışanların memur ve sözleşmeli personel olmadıklarını ve sürekli işlerde çalıştırıldıklarını savunmaktadır. Bu durumda yasal statüleri Sosyal Sigortalar Kurumunun 123. maddesine girmeyen kişiler 657 sayılı Devlet Memurları

rı Yasasının 4. maddesinin (A), (B) ve (C) fıkralarında tarifleri yapılan personel tanımları içinde yer alamayacaklarından yaptıkları kamu hizmetini işçi olarak yürüttüklerinin kabulü gerekmektedir.”⁴⁴

Bunun yanı sıra, sözleşmeli personelin statü niteliğinin bulunduğu da görülmektedir. Sözleşmeli personel kategorisi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında da belirtildiği üzere kamu hukuku içinde “statü” niteliği kazanmış olan⁴⁵ çalışma koşulları (statüter bir biçimde) kanunla düzenlenmiş bulunan kişilerdir⁴⁶. Bu nedenle sözleşmeli personel idare hukukuna (statü hukukuna) bağlı olarak çalışır⁴⁷.

Sözleşmeli personeller hakkında, hizmet sözleşmesi hükümleri ile 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uygulamaya konulan “Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar” uygulanmaktadır. Kuruluş kanunlarında, özel düzenlemelerle bir sözleşmeli personel çalıştırılmasına imkan verilmişse, bu özel hükümler de uygulanacaktır. Bu durumda da söz konusu düzenleme bir Bakanlar Kurulu Kararı’na dayanan sözleşmeli personel uygulamasıdır ve İş Kanunu değil, 06.06.1978 gün ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraflar arasında imzalanmış hizmet sözleşmesi ve özel düzenlemenin hükümlerinin uygulanması gerekir.

⁴⁴ **YHGK**, 25.4.2001, E. 2001/9-385, K. 2001/403, Kazancı

⁴⁵ “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4/B maddesinde düzenlenen *sözleşmeli personel statüsü*, belirli bir iş için uzmanlaşmış bir elemanı yüksek ücretle çalıştırarak, işi en iyi biçimde yürütmek ve iş bittikten sonra çalışan kişinin ilişkisini keserek Devlet bütçesine gereksiz yere yük olmasını önlemek için getirilmiştir. Ancak uygulamada sözleşmeli personel statüsünün bu amaçla kullanılmadığı da bilinen bir gerçektir. Zira Devletin yürütmekle görevli olduğu asli ve sürekli kamu hizmetlerinin tümünde sözleşmeli personel istihdam edilmekte, bunlar emekli olana kadar bu statüde çalıştırılmakta ve bunların bir kısmı Sosyal Sigortalar Kurumu ile bir kısmı Emekli Sandığı ile ilgilendirilmekte, hizmet sürelerini tamamladıktan sonra emekliye ayrılmalarında ise Sosyal Sigortalar Kurumu ile ilgilendirilenlere herhangi bir toptan ödeme yapılmamaktadır. Oysa bu kişilerin memur statüsünde çalıştırılmış olmaları halinde emekliye ayrıldıklarında bir toptan ödeme yapılacağı hususu tartışmasızdır. Bunun yanı sıra, kamu veya özel sektörde çalışan işçilere, memurlara, kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsünde çalışanlara, kamu kurumlarında kapsam dışı personel statüsünde çalışanların tümüne, çalıştıkları işten ayrıldıklarında kesenek ve prim karşılığı olmaksızın yalnızca çalışılan süreye bağlı olarak bir toptan ödeme yapılmaktadır.”, Danıştay 11. D., 27.2.2003, E. 2000/11381, K. 2003/959, Kazancı.

⁴⁶ Ayrıca bkz. **Süzek**, s. 122-123.

⁴⁷ Fevzi **Demir**, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku Uygulaması, 4. B., İzmir 2005, s. 9.

SONUÇ

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen 2006 ve 2007 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararlarına da konu olmuş olan 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına dayanılarak hizmet sözleşmesi ile çalıştırılan sözleşmeli personele ilişkin uyuşmazlıklarda, bunların işçi sayılmaması nedeniyle iş yargısının (adli yargının) değil, idari yargının görevli olduğu açıktır. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıklarda idari yargının görevli olduğunu belirten 2006 ve 2007 tarihli HGK kararlarını isabetli buluyor, katılıyorum. Kaldı ki, Uyuşmazlık Mahkemesi de 2003 yılında verdiği bir kararında, özetle, “*Dışişleri Bakanlığı yurt dışı kuruluşunda 657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesine ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki Esaslara göre sözleşmeli statüde çalışan davacının, emekliye ayrılması nedeniyle tazminat ödenmesi istemiyle açtığı davanın, 2577 sayılı İYUK.'nun 2/1-c. maddesi kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesi gerekir*”⁴⁸ yönündeki içtihadıyla bu kapsamdaki uyuşmazlıkların idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiğine vurgu yapmış bulunmaktadır.

Ancak bu kararlardan önceki bir tarihte (2001 yılında), aynı gerekçelerle benzer bir uyuşmazlıkta esasa girilerek adli yargının (iş mahkemesinin) görevli olduğu sonucuna ulaşan HGK kararını ise isabetli görmüyor, katılmıyorum.

⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 23.10.2003, E. 2000/34, K. 2000/43, Kazancı.

