

ÖZET: Boş hukuk müşaviri kadrosuna vekaleten atanan memura ödenecek vekalet aylığı, ek ödeme, zam ve tazminatlar hususunda.(13/11/2013-17125)

Bakanlığınızda Hukuk Müşavirliği biriminde raportör kadrosunda görev yapmakta olan ... 'un 5 inci dereceli (boş) hukuk müşaviri kadrosuna vekaleten atandığını belirten ve adı geçene ek ödeme, zam ve tazminata ilişkin fark ödemesi yapılıp yapılamayacağı hususunda görüş talep eden ilgi yazı incelenmiştir.

Bilindiği üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun “Vekalet görevi ve aylık verilmesinin şartları” başlıklı 86 ncı maddesinde; “**Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya aşıktan vekil atanabilir.**

Bir görevin memurlar eliyle vekaleten yürütülmesi halinde aylıksız vekalet asıdır.

...

Aynı kurumdan **birinci fıkrada sayılan** ayrılımlar dolayısıyla atanan vekil memurlara vekalet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için, ... vekalet aylığı ödenir...

Yukarıda sayılan haller dışında, boş kadrolara ait görevler lüzum görüldüğü takdirde memurlara ücretsiz olarak vekaleten gördürülebilir. ...” ve 175 inci maddesinde; “**Bir göreve vekaleten atanan memurlara vekalet edilen görevin kadro derecesinin birinci kademesinin üçte biri, ... verilir. ...**

Ancak, kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet edenlere vekalet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşıması zorunludur. ...” hükümlerine yer verilmek suretiyle, dolu kadrolara vekalet halinde vekalet aylığı ödenmesi öngörülmüşken, boş kadrolara vekalet halinde ise vekalet aylığının ödenmeyeceği ifade edilmişti.

Ancak Anayasa Mahkemesi, 13/10/2012 tarihli ve 28440 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5/7/2012 tarihli ve E. 2012/11, K.2012/104 sayılı kararıyla, 86 ncı maddede geçen “**birinci fıkrada sayılan**” ibaresini iptal etmiş ve iptal gerekçesi olarak; “**İptali istenen “... birinci fıkrada sayılan...” ibaresiyle, aynı kurumdan vekil olarak atanan memurlardan vekâlet aylığı hakkı tanınanlar, 657 sayılı Kanun’un 86. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen kanunî izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle meydana gelen ayrılımlar dolayısıyla vekâleten atananlarla, yani dolu kadroya vekâlet edenlerle sınırlandırılmış; emeklilik, istifa, ölüm veya naklen atama gibi bir nedenle sürekli bir biçimde boşalan kadrolara vekâleten atananlara vekâlet aylığı ödenmesinin yolu kapatılmıştır. Dolayısıyla kurum içinden dolu kadroya vekâleten atanan memur aylığa hak kazanırken, kurum içinden boş kadroya vekâleten atanan memur vekâlet aylığı hakkından mahrum kalmaktadır.**

Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden ayrı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

Kanun koyucunun, istisnaî bir nitelik taşıyan vekâleten atama yoluna, boş kadrolar yönünden gereksiz olarak başvurulmasını engellemek ve idareyi boşalan

kadrolara asaleten atama yapmaya zorlamak amacıyla boş kadro ile dolu kadro arasında ayırım yaptığı anlaşılmaktadır. Ancak boş ya da dolu kadroya vekâlet eden memurların yaptıkları işin niteliği aynı olduğu halde bunlar arasında vekâlet aylığı yönünden kadronun boş veya dolu olmasına göre ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu kararda özetle, vekalet aylığı ödenmesinde kadronun boş veya dolu olmasına göre ayırım yapılmasının Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın “Anayasa Mahkemesinin kararları” başlıklı 153 üncü maddesinde de; “...Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. ...

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.” hükmüne yer verilerek, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren ileriye dönük olarak sonuç doğuracağı ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesinin mezkur kararı çerçevesinde, kurum içerisinden boş kadrolara vekaleten atanan memurlara, vekalet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için, söz konusu kararın Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği 13/10/2012 tarihinden itibaren vekalet aylığı ödenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 657 sayılı Kanunun 152 nci maddesine istinaden 05/05/2006 tarihli ve 26159 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 17/04/2006 tarihli ve 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Kararın 9 uncu maddesinde; “ (1) 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi uyarınca;

a) 1) Kurumlarınca bir göreve kurum içinden veya diğer kurumlardan vekalet ettirilenlere;

aa) Vekaletin, 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesine binaen yapılması ve bu hususun onayda belirtilmiş olması,

bb) Vekaletin, Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek karar ile atama yapılması gereken kadro veya görevler için ilgili Bakan, diğer kadro veya görevler için asili atamaya yetkili amir tarafından verilmesi,

cc) Vekillerin, genel ve ilgili özel mevzuatı uyarınca asaleten atanmada aranan tüm şartları (asaleten atanmada sınav şartı aranılan kadro veya görevler için bu sınavlara girebilme hakkının elde edilmiş olması dahil) bir arada taşınmaları,

kaydıyla; vekalet ettikleri kadro veya görevler için bu Karar uyarınca öngörülen zam ve tazminatların toplam net tutarının, asli kadro veya görevleri karşılığında fiilen aldıkları zam ve tazminatların toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark; 657 sayılı Kanunun 175 inci maddesindeki oranlar dikkate alınmaksızın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve vekalet görevinin fiilen yapıldığı sürece ödenir. ...” hükmüne yer verilerek, vekalet ettikleri kadro veya görevler için öngörülen zam ve tazminatların toplam net tutarının, asli kadro veya görevleri karşılığında fiilen aldıkları zam ve tazminatların toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki farkın vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve vekalet görevinin fiilen yapıldığı sürece ödeneceği ifade edilmiştir.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 9 uncu maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında; “Birinci fıkra kapsamına giren personelden; kurumlarınca bir kadroya kurum içinden veya kurum dışından vekalet ettirilenlere, vekaletin 657 sayılı Kanunun

86 ncı maddesine istinaden yapılmış ve bu hususun onayda belirtilmiş olması, vekalet görevinin Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek karar ile atama yapılması gereken kadrolar için ilgili bakan, diğer kadrolar için asili atamaya yetkili amir tarafından verilmesi, vekalet eden personelin asaleten atanmada aranan tüm şartları (asaleten atanmada sınav şartı aranılan kadrolar için bu sınavlara girebilme hakkının elde edilmiş olması dahil) taşıması kaydıyla vekalet ettikleri kadro için öngörülen ek ödemenin asli kadroları için öngörülen ek ödemededen fazla olması halinde, aradaki fark, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve bu görev fiilen yapıldığı sürece ödenir. Ancak, mehil müddeti, yıllık izin, mazeret izni, hastalık ve refakat izni, geçici görev, vekalet, görevden uzaklaştırma, hizmet içi eğitim, seminer ve kurs nedenleriyle görevlerinden ayrılanlara vekalet edenlere bu şekilde ödeme yapılmaz.

Ücret ve tazminatları ek 10 uncu maddeye göre ödenenlere, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlarda görev yapan personele ve bir kadroya açıktan vekil olarak atanana bu madde uyarınca ek ödeme yapılmaz.” denilmek suretiyle de, bir kadroya vekalet ettirilene, vekalet ettikleri kadro için öngörülen ek ödemenin asli kadroları için öngörülen ek ödemededen fazla olması halinde aradaki farkın, vekalet görevine başlanıldığı tarihten itibaren ve bu görev fiilen yapıldığı sürece ödeneceği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, boş hukuk müşaviri kadrosuna vekaleten atanma konusunda, sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için vekâlet müessesesinin amacının da dikkate alınması gerekmektedir.

Vekâlet, en genel şekliyle bir kimsenin görevinin diğer bir kişi tarafından üstlenilmesi anlamına gelmektedir. Kamu personel hukukunda ise, asıl görevlinin iş başında olmadığı bazı durumlarda kamu hizmetlerinde aksama yaşanmaması için bu kişinin bulunduğu kadroya tanınan yetkileri kullanmak üzere başka bir kişinin bu kadroya veya göreve atanmasıdır. Başka bir deyişle, kamusal hizmetlerin sürekliliği ilkesi çerçevesinde Devlet faaliyetlerinin aksamasının önüne geçilmesi için sürekli ya da geçici olarak boşalan kadrolara üçüncü kişilerin vekil olarak atanması şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla, yürütme fonksiyonunun sürekliliğinin sağlanması ve kamu hizmetinin sürekli ve sorunsuz olarak yürütülebilmesi amacıyla vekâlet kurumu benimsenmiştir. Vekâlet müessesesinin dayanağını 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi oluşturmakta olup, söz konusu maddede, memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmalari halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği belirtilmekle birlikte, kamu hizmetinin gördürülmesi amacıyla ihdas edilmiş bulunan kadroların, kadroya henüz asaleten atama yapılamaması, asilin sürekli görevle başka bir yere atanması, asilin emekli olması, istifa etmesi, vefat etmesi veya kadronun değişik sebeplerden ötürü boşalması durumunda da kamusal hizmetlerin ifa edilebilmesi için vekâlet müessesesine başvurulmaktadır. Buradan hareketle personel mevzuatımız açısından vekâlet kurumunun en genel şekliyle, Devlet memurlarının işlerinden geçici olarak ayrılmalari ya da Devlet memurlarına ait kadroların çeşitli nedenlerle boşalması halinde bunların yerlerine vekil atanması ve bu suretle kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması amacıyla uygulandığı söylenebilir.

Kamu hizmetlerinin gördürülmesinde esas olan asil memurlar aracılığı ile bu hizmetlerin yerine getirilmesi olup, vekâlet istisnai olarak öngörülen bir yöntemdir. Vekâletin kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi çerçevesinde kesintisiz bir şekilde yürütülmesi zorunlu bulunan idari faaliyetlerin sekteye uğratılmaması amacıyla başvuru bir hizmet gördürme yöntemi olduğu düşünüldüğünde; vekaleten atama yapılacak kadroların da bu ilkeye uygun olarak belirlenmesi, başka bir ifadeyle boş kalması durumunda kamu hizmetlerinin sunumunda ve idari işleyişte aksamaya yol açacak, sorumluluk ve yetki kullanımını gerektiren, imza yetkisi bulunan ve idari hiyerarşiye dâhil kadroların vekaleten

atamaya konu edilmesi gerekmektedir. Bu yönüyle düşünüldüğünde vekâlet edilecek kadronun memurun asli kadrosu ile ilgisinin bulunması, benzer görev ve sorumlulukları içermesi, aynı veya ilişkili bir hizmet sınıfına ait kadro olması da uygun olacaktır.

657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin birinci fıkrasında idarenin, dolu kadrolara kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atayabileceği belirtildikten sonra ikinci fıkrasında aylıksız vekâletin asıl olduğu kurala bağlanmış; dördüncü, beşinci ve yedinci fıkralarında da bu kuralın istisnalarına yer verilerek aylık verilecek durumlar tek tek sayılmıştır. Mezkur madde incelendiğinde, kanun koyucunun, istisnâî bir nitelik taşıyan vekâleten atama yoluna, boş kadrolar yönünden gereksiz olarak başvurulmasını engellemek ve idareyi boşalan kadrolara asaleten atama yapmaya zorlamak amacıyla boş kadro ile dolu kadro şeklinde bir ayrıma başvurduğu anlaşılmaktadır. Bu suretle, geçici bir hizmet gördürme yöntemi olmaktan ziyade uzun süreli veya süresiz vekâleten atamalar yoluyla liyakat ve kariyer ilkeleri zedelenmek pahasına bazı personele imkân sağlanmasına, görevin gerektirdiği bütün sorumlulukları ve riskleri taşımakla birlikte kadronun sağlayacağı özlük haklarından önemli ölçüde yoksun kalan güvencesiz bir vekil memur kitlesinin ortaya çıkmasına ve görevde yükselme ve unvan değişikliği sınavı açmanın külfetinden kaçınmak suretiyle mevcut personelin kariyer beklentilerini olumsuz etkileyerek moral ve motivasyon kaybına yol açacak uygulamalara idarelerin yönelmesinin önlenmesi amaçlanmaktadır.

Bahsi geçen vekaleten atama işlemine konu olan “hukuk müşaviri” kadrosunun ise, kamu hizmetlerinin sunumunda ve idari işleyişte aksamaya yol açacak, sorumluluk ve yetki kullanımı gerektiren, ve idari hiyerarşiye dâhil kadrolar kapsamında herhangi bir görevi bulunmamaktadır. Bu yönüyle, boş “hukuk müşaviri” kadrosuna vekaleten atama yapılmasının, vekalet müessesenin düzenleniş amacıyla bağdaşmadığı düşünülmektedir.

Yukarıda yer verilen hüküm ve açıklamalar çerçevesinde;

1) Boş hukuk müşaviri kadrosuna vekaleten atanan adigeçene, Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği 13/10/2012 tarihinden itibaren ileriye dönük olarak, 657 sayılı Kanunun 86 ve 175 inci maddesinde belirtilen şartları taşıması halinde, vekalet aylığının ödenmesinin mümkün bulunduğu,

2) 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan “Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Kararın 9 uncu maddesinde ve 375 sayılı KHK'nin ek 9 uncu maddesinde belirtilen şartları taşıması halinde, ilgiliye zam ve tazminat ile ek ödeme farklarının ödenmesinin mümkün bulunduğu,

3) Ancak ilk defa kamu hizmetlerine personel alımı veya unvan değişikliği yoluyla atanılabilecek, idari sorumluluk ve yetki kullanımı gerektirmeyen, boş kaldığı takdirde idari işleyişte ve kamu hizmeti sunumunda aksamaya yol açmayacak nitelikteki kadrolara ait görevlerin vekâleten gördürülmesinin uygun olmadığı, bunun yerine söz konusu kadroların ilk defa kamu hizmetlerine personel alımı veya unvan değişikliği yoluyla doldurulması gerektiği,

mütalaa edilmektedir.