

Kamu Görevlisinin Tarafsızlık Yükümlülüğü Bağlamında Seçilme Yeterliliği^(*)

The Eligibility of Public Official Within the Context of the Obligation of Impartiality

*Dr. Öğr. Üyesi Eser US DOĞAN^(**)*

Öz

İdarenin ve kamu hizmetlerine hâkim olan ilkelerden nesnellik/tarafsızlık ilkesinin gerçekleştirilmesinin temel gereklerinden biri kamu görevlilerinin tarafsızlığının sağlanmasıdır. Kamu hizmetinden yararlanmada eşitliğin sağlanması açısından zorunlu olan tarafsızlık ilkesi, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken kimseye dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yapmaması; hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa imtiyaz tanınamaması anlamına gelmektedir. Bu tarafsızlık üzerindeki en sık görülen ve güçlü tehlike mevcut siyasi iktidarların müdahaleleridir. Kamu görevlilerinin siyasi müdahalelerden bağışık ve tarafsız bir şekilde faaliyet gösterebilmeleri için kamu hizmetine girmede ve yükselmeye eşitlik ve liyakat ilkelerinin uygulanması esastır. Demokratik hukuk devletlerinde özellikle siyasi kayırmacılık sisteminin önüne geçebilmek için her türlü önlemin alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, kamu görevlilerinin siyasi hakları, ifade özgürlükleri de güvenceye alınmalı, bununla birlikte idare edilenlerin kamu hizmetlerinin nesnellüğünün garantisi olarak Anayasaya ve kanunlara sadakat ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Bunun en somut düzenlemelerinden biri de kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmasının yasaklanması ve seçimlerde aday olmalarından önce görevlerinden çekilmek zorunda olmalarıdır.

Anahtar Kelimeler

Kamu Hizmetinin Nesnellliği, Kamu Görevlisinin Tarafsızlığı, Kayırmacılık Sistemi, Liyakat Sistemi, Sadakat Yükümlülüğü, Siyasi Partiye Üyelik, Seçimlerde Adaylık.

Abstract

One of the basic requirements for the realization of the objectivity / impartiality principle, which is one of the governing principles in administration and public service, is to ensure the impartiality of public officials. The principle of impartiality is essential to ensure equality of access to public services, and means that when carrying out their duties, public officials may not discriminate on the basis of language, race, color, gender, political conviction, philosophical belief, religion, sect or similar reasons; it also means that no person, family, group or class may be granted privileges. Interventions of the current political authorities are the most common and powerful threat to this impartiality. In order for public officials to act in an impartial manner, immune from political interventions, it is essential that entry and promotion in public service are based on the principles of equality and merit. In democratic constitutional states, all kinds of measures must be taken in order to prevent a system of political nepotism. Within this context, the political

^(*) Makale gönderim tarihi: 16.08.2019, Makale kabul tarihi: 12.09.2019.

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
E-posta: eserus@cankaya.edu.tr,
Orcid Id: https://orcid.org/00-0002-3766-6696.

rights and freedom of expression of public officials must also be assured; however, these must be evaluated together with the principle of loyalty to the Constitution and the law as a guarantee of the impartiality of the public services of the governed. One of the most concrete regulations in this regard is that public officials are prohibited from joining political parties, and must withdraw from office before they can run for elections.

Keywords

Impartiality in Public Service, Neutrality of Public Official, Nepotism, Spoil System, Merit System, Loyalty of Public Official, Political Party Membership, Running for Elections.

I. MEMUR VE KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMLARI

T.C. Anayasasının kamu personelini ilgilendiren hükümlerinde bir terim birliği bulunmamaktadır. Gerçekten de Anayasa m.33'te "*devlet memurları*" kavramını kullanırken, m.39'da "*kamu hizmet ve görevinde bulunanlar*", m.71'de "*kamu hizmetine girenler*", m.137'de "*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse*", m.68 ve m.76'da "*memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri*", Anayasanın İdareyi düzenleyen bölümünde ve doğrudan kamu personeline yönelik düzenleme getiren hükümleri olan m.128 ve m.129'da "*memurlar ve diğer kamu görevlileri*" kavramları kullanılmaktadır.

Kamu görevlilerine ilişkin genel ilkeleri belirleyen m.128/1 uyarınca "*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*" hükmü yer almaktadır.

Bu noktada anayasa koyucu genel idare esaslarına göre yürütülme ve kamu görevlisi tarafından yürütülen görevin aslî ve sürekli olması kriterlerini getirmiştir. Genel idare esasları, yalnızca devlet idaresi veya merkezi idare tarafından değil, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmekte olan kamu hizmetlerini de kapsayacak bir şekilde kamusal yönetim biçimlerini ifade etmektedir.¹ Anayasa Mahkemesi de devletin başlıca görevleri içindeki hizmetlerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerden olduğunu ayrıca kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından alınan "*kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili kararlar*"ın idari nitelik taşıdığından bahisle genel idare esaslarına işaret ederek kamu iktisadî teşebbüslerinde de genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olan aslî ve sürekli görevlerin mutlaka bulunduğu yönünde hüküm kurmuştur.² Danıştay da idarenin doğrudan ve yakın gözetimi altında ka-

¹ TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2013, s. 493-494.

² AYM, 19.04.1988, E. 1987/16, K. 1988/8., RG., 23.08.1988, S. 19908.

musal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerin Anayasa m.128’de ifade edilen “genel idare esasları”na göre yürütüldüğü görülmüştür.³

Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevlerini asli ve sürekli olarak yürütmeleri gerekmektedir. Bir kamu hizmetinin nüvesini, özünü oluşturan hizmetler aslidir ve bunların süreklilik arz eder şekilde yürütülmesi gerekmektedir. Sürekliliğin hukuki göstergelerinden biri de o görevin kadroya bağlanmış olmasıdır.⁴ Anayasa Mahkemesi de kadro tahsisinin bir hizmetin asli ve sürekli olduğunun göstergesi olduğu yorumunu yapmıştır.⁵ Bunlar dışında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin belirlenmesinde uygulanan, istihdam edilen yer kriteri (devlet, KİT’ler ve diğer kamu tüzel kişileri), atama ile iş başına gelme kriteri, kadro derecesine uygun olarak yürüttüğü hizmetin karşılığı, bedeli olarak aylık alma kriteri ve görevlerini hiyerarşik silsile içinde yürütmeleri kriterleri de mevcuttur.⁶

Bu nedenle, katıldığımız görüşe göre, kamu görevlileri dar anlamda kamu görevlisi ve geniş anlamda kamu görevlisi olarak iki ayrı kategoride değerlendirilebilecektir. Geniş anlamda kamu görevlisi, hukuki durumlarına, yürüttükleri hizmete ve bu hizmetin sürekli olup olmamasına bakılmaksızın kamu kesiminde çalışan herkesi ifade etmektedir.⁷ Anayasa m.128’de güvence altına alınan ve kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütmekle yükümlü olan memurlar ve diğer kamu görevlileri dar anlamda kamu görevlisi kapsamında yer alacaktır.⁸ Devlet Memurları Kanununa⁹ (DMK) tabi olmayıp, özel kanunlarla ayrı bir personel rejimine tabi tutulan dar anlamda kamu görevlileri de diğer kamu görevlisi olarak adlandırılabilir.¹⁰ Nitekim Anayasa koyucu da m.139’da yargıçlık mesleğine ve yine m.130’da yükseköğretim personeline ilişkin hükümler getirerek mesleğin niteliğinden kaynaklanan özel statülerini ortaya koymuştur.

Çalışma kapsamında tarafsızlık ilkesinin değerlendirilmesi dar anlamda kamu görevlileri çerçevesinde yapılacaktır.

³ D. 1. D., E. 2000/29, K. 2000/59, *Danıştay Kararlar Dergisi*, S. 104, s. 28 vd.

⁴ SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu / SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışmalar*, Seçkin, Ankara, Eylül 2018, s. 340-342.

⁵ AYM, 9.02.1993, E. 1992/44, K. 1993/7, *AYM Kararlar Dergisi*, S. 29, C. 1, s. 270.

⁶ SANCAKDAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin, Ankara, s. 48 vd.

⁷ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj, 2011, s. 580.

⁸ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 577 vd.

⁹ RG. 23.07.1965, S. 12056.

¹⁰ Bu yönde görüşler için Bkz. DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF Yay. İstanbul, 1982; s. 19 vd.; GÜRAN, Sait, “Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu”, *AİD*, C. 17, Eylül 1984, S. 3 Ayrı Bası, s. 587; GÜNDAY, s. 585-587.

II. TARAFSIZLIK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. İdarenin ve Kamu Görevlilerinin Tarafsızlığı İlkesi

Fransızca'da “*neutralité*” olarak ifade edilebilen tarafsızlık terimi Latince kökenli “*neutralis*”ten türemiş olup,¹¹ yansızlık, taraf tutmamak anlamlarına gelmektedir. Aynı şekilde “*impartialité*” ya da “*objectivité*” kelimeleri de bu anlamda kullanılmakta ve tarafsızlık, yansızlık, nesnel olma, tutum ve işlemlerinde bir taraf karşısında diğer tarafa yakın olmama durumunu ifade etmektedir. “Nötr olma” kavramına etimolojik yaklaşım, bir yandan nesnel davranış yükümlülüğü ile pozitif bir anlam taşıırken, diğer taraftan da taraf tutmama, müdahil olmama yanları ile negatif bir içeriği de barındırmaktadır.¹²

Devlet ve idare açısından tarafsızlık ise, kamu hizmetlerini sunarken, işlem ve eylemlerinde herhangi bir ayırım gözetmeme ve eşitlik ilkesine uygun davranma zorunluluğunu ifade etmektedir.¹³ Devlet aygıtının kendini burjuva toplumun dışında ve üstünde konumlandırmaya yönelmesi ile sermayenin sınırlılıklarından ve üretim ilişkilerinden özgürleştirme biçimi olarak ortaya çıkan hukuk devleti ilkesi, devlet ve doğal olarak bürokraside gayri şahsiliği gerektirmiş ve bu duruma liyakat ilkesi ile vurgu yapılmıştır.¹⁴ Modern hukuk devletlerinde “idarenin tarafsızlığı” bir ilke olarak kabul edilmiş, yerleşmiş ve yaygın bir kabuldür. İdarenin tarafsızlığı, kamu yararına yönelmesi gereken idarenin bir aygıt olarak vatandaşlarla ilişkilerinde ayırıcı davranmamasını, siyasal taraf tutmamasını gerektirir. Kamu hizmeti, sürekli, düzenli ve istikrarlı bir şekilde ve tüm yurttaşların her an yararlanabilmesi de garanti altına alınarak yürütülmesi gereken faaliyetlerdir.¹⁵

Kamu hizmetlerinin sağlanmasının asli sorumlusu olan Devlet ya da idarenin insan faktörü olan kamu görevlileri açısından tarafsızlık ise, görevi ifa sırasında dil, dini inanç, etnik köken, siyasi düşünce vb. bir ayırım gözetmeksizin Anayasa ve kanunlara uygun olarak davranmaları olarak tanımlanmaktadır.¹⁶ Kamu gücünü kullanmaları bakımından da kamu görevlilerinin yurttaşlara karşı tarafsız durumda olmaları ve siyasi odakların vasıtası haline gelmemeleri, kamu gücünü

¹¹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/neutralite/54442?q=neutralite#54080> (5.6.2019).

¹² KONDYLIS, Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., Paris, 1994, s. 3.

¹³ CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, T. I*, Montchrestien, Paris, 2000, s. 598-599.

¹⁴ KILIÇ, İlker, “İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi- Mübadele Mantığı, Sermaye Mantığı”, *ÇÜHFD*, C. 4, S. 1, Nisan 2019, s. 114.

¹⁵ ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Devlet Memurlarının Hürriyetleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956, s. 151.

¹⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl, Danıştay Yay.*, No. 93, Ankara, s. 15.

belli siyasi görüş ya da partilerin lehine kullanmamaları gerekmektedir.¹⁷ Tüm yurttaşlar, kaynağını uluslararası sözleşmeler ve Anayasadan alan, demokratik devletlerde yurttaşların yönetime katılmasını sağlayan siyasi hak ve özgürlüklere sahiptirler. Bununla birlikte idarenin insan yüzü olan ve kamu hizmetlerinden yararlananlar ile doğrudan temasa geçen kamu görevlileri açısından bu siyasi hak ve özgürlükler sınırlanmış durumdadır. Devletin sürekliliği içinde geçici görev üstlenen siyasal iktidar değişse bile, idarenin sürekliliği esastır. Bu nedenle, İdarenin tarafsızlığı, kamu görevlisi için mevcut siyasi iktidar ile anayasa ve kanunlar dairesinde anlaşılabilir onun politikasını uygulaması kadar, siyasal iktidar değiştiğinde de herhangi bir kişisel ya da siyasal etki altında kalmaksızın kamu hizmetini anayasa ve kanunlara sadakatle yürütmeye devam etmesini gerektirir. İdarenin tarafsızlığını güvenceye almak, kamu görevlilerinin tarafsızlığını güvence altına almakla başlar ve memurların kendi kişisel yönetim anlayışları veya kanaatleri değil, kamu hizmeti ilkelerinin sağlanması önceliklidir.

Bu bağlamda tarafsızlık, bir yandan hiyerarşik üst niteliğindeki yürütmenin politik programına dayalı emir ve talimatlarını uygularken, diğer taraftan da kişisel kanaatlerden ve siyasi müdahalelerden bağımsız olabilmeye ölçüsü gerektirmektedir. Her ne kadar Mümtaz SOYSAL'ın üniversiteler açısından idari anlamıyla “özerklik” kavramı ile mukayese ederek “yaratıcı, katkıcı olmayan, kısır bir işlev” olarak nitelendiği tarafsızlık, özü itibarıyla tarafların bulunduğu bir ortamda, “iyi bir terazici, iyi bir ölçücü, iyi bir dengeleyici...” olmanın gerek ve yeter olduğu bir durumu¹⁸ ifade etmekteyse de, bu durumun kurulması ve korunması pek de kolay olmamaktadır. Terazinin bir kefesinde kamu yararı amacı ile kamu hizmetlerinden eşit yararlanma hakkı, diğer kefesinde ise siyasal iktidarın kamu görevine partizanca nüfuz etme yönelimi ile birlikte memuriyet kadrosunu işgal eden “insan” faktörünün kişisel zafiyet ve hırsları ile bulunmaktayken tarafsızlığın sağlanması güçleşmektedir. Bu nedenle “tarafsızlık”, kamu görevlileri üzerinde kamu hizmetinden yararlananlara yönelik bir “yükümlülük” veya “ödev” olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki, memurların ifade özgürlüklerinin keskin bir şekilde sınırlanması söz konusudur, zira idare edilenlerin kamu hizmetlerin-

¹⁷ ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, 1966, İsmail Akgün Matbaası, s. 1177.

¹⁸ SOYSAL, Mümtaz, “İki Kavram; Özerklik ve Tarafsızlık”, *Mülkiye Dergisi*, C. XXIV, S. 221, 2000, s. 114-115. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, SOYSAL, “tarafsızlık” kavramını “özerklik”in karşısında “kısır bir işlev” olarak değerlendirmesi, idarenin bütünlüğü dairesinde “kendi kararlarını alabilen” ve bilimsel ve akademik özgürlüğe sahip üniversitelerin özerkliği kavramının, en az iki taraf bulunan bir ortamda “tarafsızlık” olarak anlaşılması ve bu yönde düzenlemeler yapılmasına ilişkindir. SOYSAL haklı olarak “Özerk olmadan da tarafsız olabilirsiniz” diyerek, özerkliğin tarafsızlık karşısında kapsam ve önemine dikkat çekmektedir.

den eşit yararlanma hakkının güvenceye alınması açısından bu tarafsızlık olmazsa olmaz (*conditio sine qua non*) niteliktedir. Bu bağlamda kamu görevlilerinin hakkaniyet ve adalet gereği tarafsız davranma ve bunu sağlama amacına yönelik bir takım kısıtlamalara katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır, zira “kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik (kamu hizmetlerinin tarafsızlığını talep hakkı), demokratik bir devletin vatandaşlarına tanınmış belki de ilk haktır”¹⁹ ve bu hak fiilen ancak kamu görevlilerinin işlem ve davranışlarında gözlemlenebilmektedir. İdari faaliyetlerin temel ilkesi olan tarafsızlık ilkesini zayıflatabilecek girişimler doğrudan liyakat ilkesinin aksi olan “kayırmacık” a yol açacaktır.²⁰

Bu nedenle, idarenin tarafsızlığı öncelikle müstakbel ya da mevcut memurlar açısından sağlanmalıdır. Yurttaş olan ve temel hak ve özgürlüklere sahip bulunan memurların kamu görevine girişte, kamu görevi süresince ve bu görev sona ererken eşitlik ilkesine uygun muamele görmeleri gerekmektedir. Bunu sağlamanın yolu da eşitlik ve liyakat ilkelerine uygun işlem ve eylemlerde bulunulması ile olacaktır. Ayrıca memurların anayasa ve kanunlara sadakatinin mevcut siyasal iktidarlara sadakat ile karıştırılmasını engellemek için de önlemler alınmalıdır.

B. Eşitlik ve Liyakat İlkeleri

1. Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi

“Kanun önünde eşitlik” başlıklı Anayasa m.10/5 “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmünü getirmektedir. Bu durumda, m.10/2 ve m.10/3’te düzenlenen pozitif ayrımcılık hükümleri dışında kimseye dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım yapılamayacağı gibi, hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa imtiyaz tanınması da mümkün değildir.

Anayasa m.10’da öngörülmüş olan, tüm vatandaşların eşit bir şekilde kamu hizmetinden yararlanması ve kamu hizmetlerinden yararlananların eşit muameleye tabi tutulmasını gerektiren mutlak bir eşitlik değildir. Bilakis, kanunlar ve düzenleyici işlemlerle belirlenmiş nesnel durum ve niteliklere sahip kişiler arasında eşitliğin sağlanmasını öngören nispi eşitlik ilkesidir.²¹ Bu bağlamda söz konusu eşitlik, kişilerin konumlarını ve içinde buldukları durumlarını dikkate alan bir eşitlik anlayışıdır.²²

¹⁹ BOURDONCLE, René, *Fonction publique et la liberté d’opinion en droit positif français*, L.G.D.J., Paris, 1957, s. 181’den aktaran KONDYLIS, s. 260.

²⁰ KONDYLIS, s. 260-261.

²¹ GÜNDAY, s. 62 vd.

²² D. 10. D., E. 1996/993, K. 1999/3627, 23.06.1999, *Danıştay Derg.*, S. 2, Şubat 2003, s. 223 vd.

Kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ya da nesnelliği ilkesi, ayrılmaz bir biçimde eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu tarafsızlık, hizmetin yönetimini elinde bulunduranların, hizmetin sunulduğu kullanıcıların ya da hizmeti sunan kamu görevlilerinin siyasi görüşleri, felsefi ya da dini düşünce ve kanaatleri açısından ayrımcılık ve kayırmacılık yapmamalarını da zorunlu kılmaktadır. Bu yönüyle kamu hizmetlerinin nesnelliği ilkesi, kamu hizmetinden yararlananların kamu hizmeti karşısında eşitliğini sağlayıcı işlev görmektedir.²³ Ayrıca, “ayrımcılık yapmama” ve “çoğulculuğa saygı gösterme”yi de içeren ikili bir anlama sahiptir.²⁴

Siyasal organlar tarafından kanunla kurulan kamu hizmetlerinin kendilerini kuran ideolojilerden sıyrılarak objektif olarak sunulması gerekmektedir.²⁵ Bu objektifliğin sağlanması, kamu hizmetinin kurulması, organizasyonu, kamu hizmetini yürütecek personelin belirlenmesi ve kamu hizmetinin yürütülmesi boyutlarında da eşitlik ilkesinin uygulanmasını gerektirir. Bu nedenle, kamu hizmetinin organizasyonunda ve kamu hizmetini yürütmekle görevli kamu görevlilerinin atama ve yükseltmelerinde de kanun önünde eşitlik ilkesine uyulması gerekmektedir.

Kamu hizmetine girme hakkı (m.70), Anayasa sistematığında “Temel Hak ve Ödevler” başlığının altında ve “Siyasi Haklar ve Ödevler” alt başlığında güvence altına alınan, vatandaşlıkla birlikte kazanılan, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte bir haktır. Bu bağlamda kamu hizmetine girme hakkı, demokrasi ilkesine dayalı olarak vatandaşların yönetime katılmasını sağlayan bir siyasi haktır. Ayrıca, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı bölümünde düzenlenen “Çalışma Hakkı” (m.48) ve Çalışma Hakkı ve Ödevi” (m.49) ile birlikte değerlendirildiğinde, kamu hizmetine girme hakkı “insan onuruna yaraşan asgari yaşam düzeyine ulaşabilmesi için bireye sunulan çalışma hakkı kapsamında devlete pozitif yükümlülük yükleyen ve idare içinde örgütlenen bir sosyal hak” olarak da değerlendirilmiştir.²⁶

Şüphesiz ki, Anayasada güvence altına alınmış çalışma hakkından kamu görevlileri de yararlanmaktadır. Bununla birlikte, Anayasa m.128 hükmü uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ücretli çalışanlardan statülerinden kaynaklanan farklılıkları bulunmaktadır. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin statüsü “akdî ve subjektif” değil, “kanunî ve nizami” bir özellik göstermekte-

²³ DONIER, Virginie, “Les lois du service public: entre tradition et modernité”, *RFDA*, Kasım-Aralık 2006, s. 1121.

²⁴ ESPLUGAS, Pierre, *Conseil constitutionnel et service public*, LGDJ, Paris, 1994, s. 176 vd.’dan aktaran TAN.

²⁵ ATAY, Faruk, *Neoliberalizm ve Devletin Yeniden Yapılandırılması*, De Ki, Ankara, 2006.

²⁶ KESKİN, Züleyha, *Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi*, XII Levha, İstanbul, 2015, s. 112.

dir. Kanunî ve nizamî durum, sözleşmeyle belirlenmeyen, kanun ve düzenleyici işlemlerle belirlenen durumları ifade etmektedir.²⁷ Bunun nedeni ise, memurlar tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin kamu yararı amacını sağlamaya yönelmesidir; kamu yararı amacı her zaman memurun yararından üstün tutulmaktadır.²⁸

Memurun tarafsızlığının sağlanması, öncelikle Anayasa m.70’te düzenlenen “Kamu Hizmetine Girme Hakkı” ile güvence altına alınmıştır. Bu hükme göre, her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir ve hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemez. Özü itibarıyla doğrudan Anayasa m.10 ile düzenlenmiş “kanun önünde eşitlik” ilkesi ile bağlantılı, bu düzenlemeye dayalı ve onu pekiştirmek suretiyle kamu hizmetlerinin daha iyi yerine getirilmesini amaçlamaktadır.²⁹ Buna göre, kamu hizmetine girmek isteyen ve eşit durumda olan herkese eşit koşulların sağlanması gerekmektedir. Bu iki hükmü beraber değerlendirerek eşitlik ilkesinin Anayasa m.70’te sağlandığı yorumunu yapan Anayasa Mahkemesi³⁰ gibi Danıştay da kamu hizmetlerine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım yapmayan hüküm ile kanun önünde eşitlik ilkesini getiren m.10’daki düzenlemeyi birlikte değerlendirmektedir.³¹

Bu hükme göre, kimse kamu görevine girmeye zorlanamaz; kamu görevine girişte serbestlik ilkesi uygulanmaktadır. Kamu görevine girişte etnik köken, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, dini veya felsefi inanç ve benzeri nedenlerle kişiler arasında ayırım yapılamaz. Son olarak da, kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden gayri bir özellik aranamaz.

²⁷ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku C. II*, Ekin Yay., Bursa, 2019, s. 676.

²⁸ DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, C. II, s. 24’ten aktaran GÖZLER, s. 676.

²⁹ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul, 2006, s. 463; GÖZLER, C. II, s. 700.

³⁰ AYM, E. 1998/37, K. 1999/25, 08.06.1999, RG. 22.04.2000, S. 24.028.

³¹ “Kamu görevine atama yapıp yapmamak konusunda idarenin sahip olduğu takdir yetkisi sadece “boş olan kadroya atamak veya atamamak” konusuna ilişkin genel bir yetki olup, bu kadroya atanacak kişinin tutum ve davranışları üzerinde değerlendirme yapma yetkisini içermez. Başka bir ifade ile idare boş olan bir kadroya atama yapmak için harekete geçtiği andan itibaren bağlı yetki içine girer. Bu sürenin sonunda artık yasada ve yönetmeliklerde belirlenen niteliklere sahip olup, yarışma ve yeterlik sınavını kazanmış olanlar arasından sırası ile atama yapmak zorundadır. İdarenin bu niteliklere sahip olanlar arasında “ilgilinin tutum ve davranışlarına” göre seçme hakkına sahip olduğunu kabul etmek Anayasa ve Yasa ile belirlenen özelliklerin bir yana bırakılarak, atama işlemini yetkili makamın sübjektif değerlendirmesine bırakmak anlamını taşır ki, bunun sınırını belirleme olanağı yoktur. Böylesine sübjektif değer yargılarına bağlı olarak kullanılacak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi muhtemel olduğu gibi, böyle bir uygulama Anayasa’da ifade edilen “kanun önünde eşitlik” ilkesinin ve “kamu hizmetine girme hakkının” ihlali niteliğini taşır.” Danıştay 5. D., E. 2001/5253, K. 2003/796, 13.03.2003, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=13737> (Erişim Tarihi: 27.07.2019).

Bu nedenle memurlara getirilen sınırlamalar, çalışma hakkının doğuştan kazanılmasından farklı olarak kamu hizmetine girme hakkının sadece Türk vatandaşlarına tanınmış olması ile sınırlı değildir. Memurlar açısından görevin gerektirdiği niteliklerin aranması ile kamu görevine girme hakkına sınırlamalar getirilebildiği gibi, memuriyet içinde mesleğin icrasında yükselme açısından da bu nitelikler aranmaktadır. Sonuç olarak, memurlar açısından eşitlik ilkesi “vatandaşlık” ve “görevin gerektirdiği nitelikler” ile daraltılmaktadır.

2. Liyakat İlkesi

Anayasada yer alan “görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkesi, bir yandan Türk vatandaşları arasında eşitlik ilkesine vurgu yaparken, diğer taraftan da kamu yararına yürütülen ve toplumsal ihtiyaçları karşılayan, bu nedenle de öteden beri devletin ve dar anlamıyla idarenin görevi olan kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesini güvence altına almaktadır. Bu bağlamda kamu hizmetine girişte uygulanan eşitlik ilkesi yanında, kamu görevlilerinin “görevin gerektirdiği nitelikler”i taşımasını zorunlu hale getirmektedir. Görevin gerektirdiği nitelikleri haiz memur ve kamu görevlilerinden oluşan idare, kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesinde daha etkin olacaktır. Şöyle ki, toplumsal ihtiyaçları karşılayan ve kamu yararını sağlamaya yönelik faaliyetler olan kamu hizmetleri, demokratik toplumlarda çeşitlenmiş ve karmaşıklaşmış durumdadır. Bu nedenle bu faaliyetlerin sürekli ve ihtiyaçları karşılamaya uygun ve etkin olarak yürütülmesi; kamu hizmetlerinin organizasyonunun, yöntem ve usullerinin geliştirilmesi gerekmektedir. Bunu gerçekleştirebilmek için de idarenin yeterli ve nitelikli personel ihtiyacı bulunmaktadır. Bu noktada, nitelikli personelin yürüteceği kamu hizmeti konusunda yetkinliği doğrudan “görevin gerektirdiği nitelikler”e işaret etmektedir.

Böylece, anayasal düzenleme liyakat ilkesi ve anlayışını kabul etmiş bulunmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kamu görevlisinin ödevi (kamu hizmeti) ile bu ödevi yerine getirecek kamu görevlisinin niteliği arasında bu ilişkiyi şu şekilde kurmuştur: “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak, demektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamalar, kamu hizmetinin etkin ve esneklikli bir biçimde yürütülmesi amacıyla yöneliktir. Bu nedenle bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal

nitelikte kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla nitelikte ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir”.³²

Liyakat ilkesi, İngilizcede “*Patronage*”, “*Nepotism*” ya da “*Favoritism*” terimleri ile de ifade edilen “ganimet sistemi” ya da “yağma sistemi” (*Spoil system*) olarak da çevrilebilen “kayırmacılık sisteminin” tam tersini ifade etmektedir. Kayırmacılık sistemi, sadece siyasal kayırmacılığı değil, uygulamada bunun yanı sıra hemşerilik, bir kulübe dâhil olmak, aynı okuldan mezun olmak gibi nedenlerle yapılan kayırmayı da kapsamaktadır.³³ Ancak, çok daha yaygın görülen ve kamu hizmetine girişte olduğu kadar yurttaşlar için kamu hizmetlerinden eşit bir şekilde yararlanma açısından da adaletsizlik doğurabilecek olan siyasal kayırmacılıktır.

Liyakat sistemi, kamu görevine giriş ve ilerlemede siyasal kayırmanın belirleyici olduğu, hem kadroların bir savaş ganimeti gibi yağmalanması hem de siyasal ödüllendirme ile partizan kadrolar oluşturma yöntemi olan kayırmacılık sisteminin tam tersidir. 1831’de ABD Senatosunda New York Senatörü tarafından zikredilen “*Siyasi savaşta yenilenler görevlerinden çekilmelidir; ganimet savaşı kazananın hakkıdır*” ifadesiyle özetlenebilecek kayırmacılık sistemi, memurların yeterlilikten çok siyasi partilere hizmet ölçüğüne göre bir ödül olarak dağıtılmasını ifade eder.³⁴ Devletin imtiyazlı azınlıklar arasındaki küçük grupların hükümet etme vasıtası olarak kullanılması, memurların çoğu kez kamu yararına değil, bu imtiyazlı grupların özel çıkarlarının tatminine yol açacaktır. Egemen çevreler tarafından görevlerinden elde edecekleri maddi çıkarla ödüllendirilen memurların bağlılıklarının derecesine göre seçilmesi ve yükselmesiyle belirlenen suistimal sistemi³⁵ doğrudan yurttaşların kamu hizmeti algısına zarar verecektir. Bu durumda ne yurttaşların/idare edilenlerin algısında ne de gerçekte kamu hizmeti fikri var olacaktır; zira memurların gerek hizmete girişte gerekse yönetici kadrolarına yükselişte sadece yürütme organı dolayısıyla hükümete değil, aynı zamanda bir siyasi partiye bağlı durumda olmaları kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesini de kaçınılmaz olarak bertaraf edecektir.³⁶ Me-

³² AYM, 9.10.1979, E. 1979/19, K. 1979/39, *Anayasa Mahkemesi Kararları Derg.*, S. 17, s. 299; AYM, 4.4.1991, E. 1990/12, K. 1991/7, RG, 13.8.1991, S. 20959.

³³ UZ, Abdullah, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 71.

³⁴ GÜRAN, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980, s. 85.

³⁵ GÜRAN, s. 111.

³⁶ KONDYLIS, s. 14-15.

murların statüsünün ve kariyerinin siyasal müdahalelerden ve hükümetin keyfiyetinden bağımsız, objektif kriterlere, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde kullanılmış takdir yetkisi ile tesis edilmediği bir sistemde, özellikle de iktidarda tek bir siyasi partinin bulunduğu dönemlerde, mevcut hükümete tam bir sadakat ve bağlılık aranması halinde, memurlar da karşılıklılık esasıyla ikbal beklentisi içinde hükümetin amaç ve hedefleri ile bütünleşerek bir nevi propagandacısı ve hatta “çığırtkan”ı rolünü üstlenebilecektir. Bu “karşılıklılık ilişkisi”, özellikle istisnai memuriyetler gibi üst düzey kadrolar açısından “*memurun vassallaşması*”na yol açabilmektedir.³⁷

ONAR’ın “Amme hizmetlerinin iyi bir tarzda görülmesi için iyi ve ehliyetli, karakterli memurlara ihtiyaç vardır... Ancak muayyen bir ehliyeti haiz ve seciye-yeye sahip olanlar memur olabilirler.”³⁸ ifadesinde memurun karakterine ve seciyesine de vurgu yaparak işaret ettiği liyakat ilkesi İngilizce ve Fransızca dillerinde “*merite/mérite*” karşılığına sahip olup “hak etme, layık olma” anlamındaki Latince “*meritum*” kelimesinden gelmekte; gerçekten de “Birini ya da o kişinin davranışlarını, üstesinden gelinen zorlukları da dikkate alarak, ödüllendirilmeye değer ve saygın bulmak” olarak tanımlanmaktadır.³⁹

³⁷ LABAND, Paul, *Le droit public de l'Empire Allemand*, C. II, V. Girard et E. Briere, Paris, 1901, s. 156'dan aktaran KONDULIS, s. 15 ve s. 21. Feodal sistemdeki lord ya da senyör ile vassal ilişkisine atfen. Yazar, özellikle üst düzeydeki memuriyetlerin ve özellikle istisnai memuriyetlerin siyassallaşması ve siyasi bağıllık karşısında mesleki güvence, yükselme garantisi ve maddi çıkar beklentisi, yani “karşılıklılık ilişkisi” açısından “vassallaşma” (*vassalisation*) ve “vassallaşmış memur” (*le fonctionnaire vassalisé*) kavramlarını kullanmaktadır. Kanaatimizce bu benzetme özellikle doğu feodalizmindeki lord-vassal ilişkisine tekabül etmektedir. Şöyle ki, Batı ve Kuzey Avrupa’da feodal sistem, iki temel sisteme dayanmaktaydı: Toprak ve kişisel ilişkiler. Feodal sistem içinde kişisel ilişkiler, teorik olarak soyluların temsil ettiği toplumun üst kademelerinin korunması ilkesine dayanmaktaydı. Daha alt kademede lord ya da vassal yüksek kademede bir lorda saygı ve sadakat yemini eder, yüksek kademeli lord bunun karşılığında vassalını korumayı vaat ederek, ona geniş, bir toprak ya da fief (tımar/zeamet) verirdi. Söz konusu olan sadakat, bir yeminle mühürlenmiş ve karşılıklılık esasına dayanan bir mukaveleye dayanmaktaydı. Bu sistemde, lord güvenliği, adaleti, toprağın işlenmesi ve ürünün toplanmasını ve vassallar arasında çıkacak toprak uyuşmazlıklarının çözülmesini sağlardı. Son derece sıkı bir bağ(ım)lılığı ifade eden bu sistemde, Vassal gerektiğinde senyörüne askeri güç teminini de taahhüt ederdi. Mukaveleye aykırı hareket edilmesi halinde karşılıklı hak ve görevler de sona ererdi. Bu durumun sıklıkla siyasi istikrarsızlığa ve dahi savaflara yol açması gelecekteki “anayasal hükümet” anlayışının doğumunu hazırlamıştır. Merkezi devletlerin oluşmasını hazırlayan bu sistemde, toprak sahibi lordlar mukavele vasıtasıyla kralla karşılıklı hak ve borç ilişkisine girerken, Doğu Avrupa ve Asya’da (Rusya, Hindistan ve Çin) zamanla soylu lordların yerini bir tip hükümet görevlisi almıştır. Kısaca, Avrupa’da vassallar direnme odağı oluşturabilirken, doğuda merkezi otorite bunlara kendisine bağlı hükümet uzantısı olarak bakmayı sürdürmüştür. Bu konuda Bkz. SANDER, Oral, *Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918’e*, İmge, Ankara, 1989, s. 72-75; ÜLGEN, Pınar, “Ortaçağ Avrupasında Feodal Sisteme Bir Bakış”, Mukaddime, S. 1, 2010, s. 1-17.

³⁸ ONAR, s. 1091.

³⁹ <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/merite/50639?q=merite#50528> (Erişim Tarihi: 27.07.2019).

Liyakat sistemi, modern devletlerde herkesin hizmete giriş ve ilerleyişinde, yetenek ve başarının tayin edici faktör olduğu ve çalışma şartları ile mesai karşılığı olarak memura tanınan hakların hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlendiği personel sistemidir.⁴⁰ Liyakat ilkesinin temel bileşenleri eşitlik, tarafsızlık, ehliyet, güvenlik ve yarışma ilkeleridir.⁴¹

Nitekim 657 s. DMK m.3 memuriyete ilişkin temel ilkeleri düzenlerken, A bendinde ehliyet ilkesini gerçekleştiren sınıflandırma ilkesini “*Devlet kamu hizmetleri görevlerini ve bu görevlerde çalışan Devlet memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırmak(tır)*” olarak tanımlamıştır. B bendinde kariyer ilkesini düzenlemiş ve “*Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanı*” sağlandığını belirtmiştir. Liyakat ilkesini düzenleyen C bendi ise “*Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkânlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır*” hükmü ile liyakat ilkesini kariyer ilkesine dayalı olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Liyakat ilkesinin gerçekleştirilme yöntemlerinden biri de, objektif ölçüler uygulanarak gerçekleştirilen ve değerlendirilen sınav usulüdür. Bununla birlikte, sınav daha çok küçük ve orta dereceli memurların hizmete alınması ve terfilerinde kullanılan bir usuldür. Yüksek memurların, örneğin istisnai memurların (DMK m.59) atamasında ise daha çok iktidarın takdirinin rol oynadığı ise muhakkaktır.⁴²

Devletin rolünün ve dolayısıyla kamu hizmetlerinin çeşitlenip karmaşıklaştığı günümüzde modern personel yönetim sistemlerinde kariyer ilkesinin amacı yetenekli kişileri kamu yönetimine çekmek ve hizmette kalmalarını sağlamaktır. Bu nedenle liyakat ilkesi ile layık olanların hizmete girmesini sağlamak yeterli

⁴⁰ GÜRAN, s. 131-132.

⁴¹ Bunlardan *Ehliyet prensibi*, kamu hizmetine alınmada ve bir kariyer olarak düzenlenen kamu görevinde yükselmeye asıl olanın ehliyet olmasını ifade etmektedir. *Yarışma prensibi*, kamu görevine girişte yapılan ve açık duyuru ile ilan edilen sınavı ifade eder. Kamu hizmetinde serbest yarışma esastır. Kamu görevine eleman alınması gerektiği zaman, isteyen herkesin kamu hizmetine girebilmesine fırsat verilmesi maksadıyla bu hususla ilgili olarak kamuoyuna duyuru yapılır. Dar anlamda liyakat olarak da adlandırılabilir bu sistemde, başvuran adaylar arasından yapılacak yeterlik yarışması sonucu, kamu hizmeti açısından en iyi adayların hizmete alınması sağlanmış olur. *Güvenlik prensibi*: Bütün çalışma hayatını kamu hizmetine aday olan kişilerin, bunun karşılığında ihtiyaç duydukları hizmet güvenliği teminat altına alınmıştır. Yasalarla belirtilen ağır bir kusuru bulunmadıkça devlet memuru memuriyet haklarından mahrum kılınmaz. Burada amaç, kamu hizmetinin yürütülmesini teminat altına almaktır. SANCAKDAR / US / ..., s. 362 vd.

⁴² SANCAKDAR, *Disiplin ...*, s. 203. “*Çünkü memuriyet ve politikanın en yakın ilişki içinde olduğu kamu personel kesimi üst kademe memurlardır*”.

olmayıp, bu kişilere kamu görevi içinde kariyer yapma olanağının da verilmesi gerekir. Böylece kamu hizmetlerinin kamu yararına uygun ve etkin bir şekilde yürütülmesi sağlanabilecektir.⁴³ Bu nedenle kariyer ilkesine dayalı bir liyakat sisteminde memurların yükselmeleri ve yönetici kadrolarının doldurulması da kişilerin siyasi partilere yakınlığına göre değil, bilgi ve yeteneklerine göre girdikleri kamu hizmetlerinde yükselmelerini de gerektirir. Danıştay'ın da haklı bir şekilde ifade ettiği gibi "... İdarenin kanunlar çerçevesinde hizmet üretirken, yürütmeye ilişkin tasarrufları oluştururken, bütün idarede özellikle, idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkiilerinde bulunan personelin, özellikle hükümet programı doğrultusunda icraata ilişkin hizmet üretirken, siyasi kadro ile aynı felsefeyi paylaşması koşulunun aranması halinde, hükümet icraatının süratli ve netice alıcı karakterde tecelli edeceği iddia olunamayacağı gibi, esasen böyle bir uygulama idarenin üst kademelerinde ve sorumluluk mevkiindeki memurlar arasında iktidar yanlısı olan ya da olmayan memur ayırımı yapılmasına neden olacaktır".⁴⁴

3. Sadakat ve Bağlılık Yükümlülüğü

a. Genel Olarak Sadakat Yükümlülüğünün Görünümleri

Memurun sadakat yükümlülüğünden bahsedildiğinde ilk akla gelen bu sadakatin kime yönelik olduğu konusudur. Bu noktada, öteden beri görülmekte olan uygulamalar ve düzenlemelerden hareketle seçenekler devlet, ulus, rejim, mevcut hükümet ya da hiyerarşik üst olarak sıralanabilecektir. Ancak, memurun sadakat yükümlülüğünün rejime ya da hâlihazırda iktidarda bulunan hükümete sadakatle karıştırılmaması gerekir. DUGUIT'nin de ifade ettiği gibi "*Sıklıkla yapıldığı gibi, bir memurun kendisine maaş ödeyen hükümeti eleştiremeyeceğini söylemek aptalcadır. Memurun maaşını kamu bütçesi ödemektedir, hükümet değil.*"⁴⁵ Kamu kaynaklarının asli finansörünün vergi yükümlülere olduğu dikkate alındığında sadakat yükümlülüğünün devleti temsil eden hükümete değil, devletin asli unsuru olan ulusa (nation) ve cumhuriyetin kurumlarına olduğu söylenebilir.⁴⁶

Bu anlamda, siyasal sisteme sadakat ile kastedilen de devletin temel niteliklerine ve kurumlarına sadakattir. Memurun süreklilik arz eden devlete sadakat

⁴³ GÜRAN, s. 130.

⁴⁴ Danıştay Daireler Kurulu, E. 1976/351, K. 1976/200, K.T. 15.10.1976, *Danıştay Derg.*, S. 2627, s. 171-175; Danıştay Daireler Kurulu, E. 1975/340, K. 1976/170, K.T. 4.6.1975, *Danıştay Derg.*, S. 2425, s. 124 vd.

⁴⁵ DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Ancien Librairie Fontainmoing&C Editeurs, Paris, 1923, s. 215'ten aktaran WALINE, Marcel, "La liberté politique des Fonctionnaires", *Revue Administrative*, No: 61, Ocak-Şubat, 1958, s. 5.

⁴⁶ WALINE, s. 5.

yükümlülüğünün, devleti temsil edenlere yönelik siyasal bağlılıkla karıştırılması gerekmektedir. Sadakat yükümlülüğü memurun şahsi siyasi kanaatleri ve tercihlerinden bağımsız olarak, memurun Cumhuriyete ve onun kurumlarına hizmet etmesini gerektirmektedir. Sonuç olarak, memurun devletin varlığını ya da kurumlarının işleyişini tehlikeye sokacak ve saygınlığına zarar verecek eylemlerden kaçınmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, kural olarak bu sadakat yükümlülüğü memura negatif bir yükümlülük yüklemektedir; memur sadakatsiz olarak nitelenebilecek her türlü eylemden kaçınma yükümlülüğündedir.⁴⁷ Buna mukabil, devleti geçici olarak temsil ile görevlendirilmiş hükümetlerin de görevleri gereği sürekli bir meslek icra eden memurlardan sadakat yükümlülüklerini ve siyasal görüşlerini kanıtlamalarını istemeleri mümkün değildir.⁴⁸

Buna karşın, totaliter rejimlerde hükümete sadakat ile rejime sadakat arasında bir fark bulunmamakta olduğundan memur hükümet partisine, yani belli bir siyasi partiye sadakat ve hizmetle yükümlü tutulmuştur. Bu yükümlülüğün sonucu olarak memurların sadakatlerini kanıtlamaları da beklenmiştir. Örneğin, Hitler Almanyası'nda memurlar Führer'e sadakat yemini etmeye zorunlu tutulmuş; sadakatinden ve Nasyonel Sosyalist Parti lehine yeterince faaliyette bulunduğundan "şüphe" edilen memurun azledilmesi de hukuk sistemi içinde öngörülmüş durumdaydı. Aynı türde uygulamalara faşist ve komünist devletlerde de rastlanmaktaydı.⁴⁹ Demokratik devletler açısından da II. Dünya Savaşı bir milat olmuş ve "rejime karşı" siyasal partilere üye olanların kamu yönetiminde görev almaları sakıncalı görülmüştür. Örneğin Şili ve Arjantin'de rejim karşıtı partilerin üyelerinin ve Paraguay, Filipinler ve ABD'de komünist parti üyelerinin kamu yönetiminde görev alması engellenmiştir. Yine geçmişte totaliter bir devlet olarak Portekiz örneğinde memurların noter senediyle komünizme aleyhtar olduklarını kanıtlamaları zorunluluğu getirilmiştir.⁵⁰

Demokratik devletlerde de, olağanüstü ya da "çalkantılı" olarak addedilebilecek dönemlerde memurun sadakat yükümlülüğüne günümüz açısından "anti demokratik" olarak nitelenebilecek şekilde keskin yaklaşıldığı da görülmüştür. Örneğin, II. Dünya Savaşı sonrasında, Vichy Yönetimi ile işbirliği içinde olanların kamu görevinden çıkarılması Fransız Danıştay tarafından sadakat yükümlü-

⁴⁷ Bununla birlikte, örneğin Fransa'da I. Dünya Savaşına son veren ateşkesi anma amacıyla yapılan resmi bir törene katılmayı reddeden okul müdürüne "sadakat yükümlülüğünün ihlali" nitelmesiyle verilen disiplin cezasının hukuka uygun bulunması ile, bazen memura pozitif yükümlülükler yüklenildiği de görülmektedir. Conseil d'Etat, 5 Kasım 1952, Vrecord, R. s. 487'den aktaran KONDYLIS, s. 283.

⁴⁸ PLANTEY, Alain, *La Fonction Publique*, Litec, Paris, 1991, s. 64-65.

⁴⁹ ONAR, s. 1178-1179.

⁵⁰ AKYILMAZ, s. 22.

lüğünün ihlali nedeniyle hukuka uygun bulunmuştur.⁵¹ Nitekim Vichy Hükümeti döneminde de Fransa'daki bazı kamu görevlilerine siyasi nitelikte yemin yükümlülüğü getirilmiş olup, bu yükümlülük 1943'te kaldırılmıştır.⁵²

Demir perdenin çöküşü sonrası dönemde ise, özellikle Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde “*lustration*” kanunları ile, komünizm döneminde devlet gizli servisleri için çalışan kişilerin kamu hizmetinden tasfiyesi ve/veya özel sektörde de geçici süre ile belli alanlarda çalışmalarının yasaklanması yönünde düzenlemeler yapılmıştır. Usulüne göre yürürlüğe girmiş kanunlara dayalı olarak yapılan bu “ayıklama” işlemleri, “sahip olunan kamu gücünün demokratik ilkelere uygun kullanması” konusunda “makul şüphe” bulunan kişilerin sadece kamu hizmetinden değil, belirli sürelerde ve belirli faaliyetlerde özel sektörden de tasfiye edilmesine yol açmıştır.⁵³ 1990 ve 2000’li yıllar gibi yakın tarihli bu uygulamalara ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de “*demokratik bir devletin memurlarından anayasal prensiplere sadakat göstermesini isteme hakkı bulunduğu*”nun ve “*kamu çalışanlarının devlete sadık kalmaları(nın), genel yararı korumakla ve güvence altına almakla yükümlü devlet otoriteleriyle çalışmalarının doğasında bulunan bir şart*” olduğunun altını çizmiştir. Bununla birlikte AİHM, söz konusu kısıtlamanın özel sektörün önemli bir kısmını da kapsamaması nedeniyle, başvurucuların dış dünyayla ilişki kurmalarına ve kendi hayatlarını kazanmalarına olan olumsuz etkileri dikkate alınarak özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁴ Bu bağlamda, AİHM *lustration* davalarının çoğunda devlet tarafından getirilen bu yöndeki kısıtlamaları - kanuni bir temelin bulunması, meşru amaçlar taşıması ve demokratik toplumda gerekli ölçüde olması kriterlerini taşıması kaydıyla- hukuka uygun görmekle birlikte, özel sektörde de çalışmanın kısıtlanması açısından ölçsüz bularak ihlal kararı vermiştir.⁵⁵

Devlete sadakat yükümlülüğü, kamu görevlilerinin düşünce ve kanaatlerini açıklamalarına diğer yurttaşlara göre daha geniş bir kısıtlama getirmekte ve bu

⁵¹ Örneğin Maliye Bakanlığı memurunun tanıklar önünde ve mükerrer şekilde Savaş dönemi Vichy Hükümetinin politikalarına duyduğu sempatiyi dile getirmesi (CE, 12 Şubat 1942, Nuccini.); yine bir okul müdürünün Savaş zamanı hükümetini ve Almanya politikaları ile işbirliğini övmesi (CE, 21 Şubat 1947, Carricaburu.); bir öğretmenin Vichy hükümetinin söylemlerini kullanarak Savaş Almanya'nın kaybetmesine duyduğu üzüntüyü okulda ancak meslektaşları ile arasındaki özel bir konuşmada dile getirmesi (CE, 7 Kasım 1947, Dame Riviere.) vb. Aktaran KONDYLIS, s. 284, dpn. 217.

⁵² WALINE, s. 6-7.

⁵³ KAYA, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü*, 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yay. No. 93, Ankara 2017, s. 41-43.

⁵⁴ Sidabras&Dziautas v. Litvanya, No: 55480/00 ve 5033/00, 27 Temmuz 2004, parg. 52.

⁵⁵ Soro v. Estonya, N. 22588/08, 3 Eylül 2015.

nedenle ifade özgürlüğü açısından sorunlara yol açmaktadır. Şöyle ki, sadakat yükümlülüğü kapsamında, kamu görevlisinin sadece görevinin başındaki eylem ve söylemleri değil, aynı zamanda görev dışındaki davranışları da kısıtlanmaktadır.⁵⁶ Fransız hukuk sisteminde “*obligation de réserve*” olarak ifade edilen ihtiyat ya da tarafsızlık yükümlülüğü, kamu görevlilerinin siyasi düşüncelerini ve siyasal aidiyetlerini dışa vurmaktan kaçınmaları anlamına gelmektedir.⁵⁷ Bu konuda, kamu görevlisine görevi başında getirilen kısıtlamalara ek olarak, görev dışındaki siyasi ifadeleri de kısıtlanmış bulunmaktadır. Görev başında iken, her kamu görevlisi için siyasi düşünce ve kanaatleri açıklamak, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesi nedeniyle yasaklanmış durumdadır. Ancak, görev dışındaki ifadeler açısından Fransız Danıştay, mevzuat ile getirilen düzenlemeler dışında yürütülen kamu hizmeti,⁵⁸ memurun statüsü,⁵⁹ açıklamanın içeriği, yeri⁶⁰ ve açıklamanın yapıldığı dönem gibi kriterlere göre değerlendirme yapmaktadır.

Şöyle ki, yüksek memurlar açısından bu özgürlük daha kısıtlıyken, karar alma yetkisi bulunmayan ve daha düşük kadroları işgal eden memurlar için daha geniş yorumlanmaktadır. Ayrıca memurun yürüttüğü kamu hizmetinin niteliği de bu özgürlüğün kısıtlanma oranının değerlendirilmesinde ölçüt olarak alınmaktadır. Buna göre, vergi hizmetleri, kolluk, silahlı kuvvetler, yargı ya da milli eğitim gibi hizmetlerde daha geniş kısıtlamalar meşru ve gerekli görülmektedir. Son olarak açıklamanın içeriği de dikkate alınmakta, aşağılama, tahrik ve provoke etme gibi aşırılıklar bulunup bulunmadığı da belirleyici olmaktadır.⁶¹

⁵⁶ Devlete sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak Fransız Danıştayın, kamusal alanda zikredilen “iğrenç üç renkli bayrağı yenecek olan kızıl bayrak” ifadesi nedeniyle memur hakkında uygulanan disiplin yaptırımını hukuka uygun bulmuştur. Conseil d'Etat, 25 Ocak 1935, Sieur Defrance, *RDCE*, 1935, s. 105'ten aktaran KONDYLIS, s. 283.

⁵⁷ CHAPUS, René, *Droit administratif général C. II*, Montchrestien, 2001, s. 248.

⁵⁸ Hakimlerin ve emniyet teşkilatı personelinin sadakat yükümlülüğünün daha geniş yorumlanması hakkında CE, 1 Aralık 1972, Delle Obrego; CE, 5 Mayıs 1982, Bidalou. Ayrıca, Adalet bakanlığı bünyesinde faaliyet gösteren Gençliğin Adli Koruması bünyesinde çalışan memurların ifade özgürlüğünün de yürüttükleri hizmetin hassasiyeti açısından daha sınırlı olması hakkında Conseil d'Etat, 3 mai 1950, Demoiselle Jamet. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSF1714689N.pdf (Erişim Tarihi: 5.08.2019).

⁵⁹ CE, 10 Mart 1971, Sieur Jannès, aktaran KONDYLIS, s. 277.

⁶⁰ Yabancı topraklarda görevli kamu görevlileri açısından da sadakat yükümlülüğü ifade özgürlüğü aleyhine daha geniş yorumlanmaktadır. Bu konuda, Fransız hükümetinin Cezayir'de uyguladığı politikayı eleştiren bir mektubu gazetede yayınlayan Cezayir'de görevli müfettişin aldığı disiplin cezasını hukuka uygun bulunması hakkında CE, Sieur Plenel, 8 Mart 1968. Aynı şekilde, Cezayir'deki savaşın durdurulması için Cumhurbaşkanı'na mektup yazan Cezayir'de vergi idaresinde görevli memur hakkında CE, Ministre des Finances c./Sieur Leblanc, Rec. S. 476-477, *AJDA*, Şubat 1967, s. 106-107.

⁶¹ MICHEL, Jérôme, “Les droits et obligations du fonctionnaires français”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (Split Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)*, C. 55, No. 1, 2018, s. 7. <https://hrcak.srce.hr/194808> (Erişim Tarihi: 4.06.2019).

Fransa’da, bugün de yürürlükte olan 83-634 sayılı 13 Temmuz 1983 tarihli Memurların Hak ve Yükümlülükleri Yasası⁶² uyarınca, kural olarak görev dışında memurların siyasi, felsefi ve dini kanaatlerini açıklama özgürlüğü bulunmaktadır. Buna göre, memurların yazdıkları eserler, basılan politik görüşleri ya da kamuya açıklamaları da hiyerarşik üstlerinden izin alma koşuluyla hukuka uygundur.⁶³ Ancak, özel kanun ya da yönetmelikle belli pozisyon ve/veya sınırlama getirilmişse veya açıklama provokasyona yönelikse memurların görevleri dışında siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklamaları hukuka aykırı bulunmaktadır. Örneğin, Türk hukuk sistemindeki istisnai memuriyetlere denk düşen yüksek memuriyetler, yargı mensupları açısından siyasi konularda ifade özgürlüğü tanınırken, siyasi düşüncenin tezahürü, açıklanması konusunda geniş kısıtlamalar getirilmiştir. Aynı şekilde, silahlı kuvvetlerin asker ya da sivil tüm mensupları açısından getirilen kısıtlama da diğer memurlara göre daha geniş olup, yetkili merciin izni olmaksızın herhangi bir konuda açıklama yapmaları yasaklanmıştır. Buna göre, örneğin, Fransa’daki memurlara bu konuda getirilen kısıtlamalar, Fransa’nın yabancı ülkelerde ya da denizaşırı (*les territoires d’outre mër*) topraklarında görev yapanlara göre daha dar kalmaktadır. Fransa’da da Türk mevzuatında düzenlendiği gibi yükseköğretim hizmeti yürüten akademik personel açısından, yürüttükleri objektif nitelikte araştırma ve eğitim hizmetinin ayrılmaz bir biçimde bağımsızlık ve ifade özgürlüğü gerektirmesi nedeniyle özel düzenlemeler mevcuttur. Buna göre üniversite öğretim üyelerinin siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklamalarına sınır getirilmemiştir.⁶⁴

Sonuç olarak Fransa’da, kural olarak kamu görevlisinin özel hayatında siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklama özgürlüğü tanınmaktadır. Kamu görevlisinin yürüttüğü kamu hizmetinin gerekleri ve kamu yararı ile görevlinin statüsü dikkate alınarak, ifade özgürlüğüne siyasi konularda getirilen sınırın yargı tarafından değerlendirilmesi söz konusudur. Buna göre, sadakat yükümlülüğünün özellikle görev dışındaki zamanlarda ve yerlerde ifade özgürlüğü ile çatışması konusunda kamu görevlisinin statüsü de dikkate alınmaktadır.

Bu bağlamda, AİHM de, memurların sadakat yükümlülüğünü ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirdiği kararlarında memurların mesleki statüsü açısından değerlendirme yaptığı kadar, sözleşmecî devletlerin özel durumlarını da dikkate almaktadır.⁶⁵ 2008 yılında Ermenistan’da yapılan seçimlerin demokratik niteliği ve seçim usulsüzlükleri hakkında basın açıklaması yapan diplomatların

⁶² <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504704> (Erişim Tarihi: 4.06.2019).

⁶³ Conseil d’Etat, 19 Aralık 1919, Chobeaux, Rec. S. 940’tan aktaran PLANTEY, s. 69.

⁶⁴ PLANTEY, s. 69-70.

⁶⁵ KAYA, s. 57.

görevine son verilmesi nedeniyle yapılan başvuruda, başvuruçuların diplomat olmalarını dikkate alarak, devletin başvuruçular gibi yüksek rütbeli memurlardan görevlerini ifa ederken devlete karşı “özel bir güven ve sadakat bağına” saygı duymalarını ve bunu sağlamalarını isteme hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Buna göre, diplomatlar dahil olmak üzere memurların siyasi faaliyetlerde bulunma özgürlüklerinin hukuk sistemi tarafından açık ve öngörülebilir bir kanunla, meşru amaçlara dayalı olarak ve ölçülü bir şekilde kısıtlanabileceğini belirtmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta da müdahalenin diplomatlara siyasi ve dini faaliyeti yasaklayan Diplomatik Hizmet Kanunu ile öngörülmüş olması, kanun hükmünün açık ve öngörülebilir olması, müdahalenin amacının milli güvenliği ve kamu güvenliğini koruma ve düzensizliği önleme meşru amaçlarını gütmesi, her ne kadar göreve son verme ciddi bir yaptırım olsa da başvuruçuların statüsü ile birlikte ülke çapında protesto gösterileri düzenlendiği özel bir dönem olması da dikkate alınarak ifade özgürlüklerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁶⁶

Oysaki AIHM, Karapetyan/Ermenistan kararında da atıf yaptığı Vogt/Almanya kararında, Alman Komünist Partisi (DKP) üyeliği nedeniyle siyasi faaliyetleri gerekçe gösterilerek görevine son verilen ve bir ortaokulda Fransızca ve Almanca öğretmeni olan başvuruçunun öğretmenlik statüsünün herhangi bir güvenlik riski taşımadığı değerlendirilmesini yaparak, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda, Almanya'nın Weimar Cumhuriyetinin çöküşünden 1949 yılında Anayasanın kabulüne dek geçirdiği süreci ve bu dönemdeki tecrübelerinden kaçınmak için yeni devletini “kendini savunabilir demokrasi” anlayışı üzerine kurmasının memurlara yüklenen siyasal sadakat ödevine daha fazla ağırlık verilmesinin meşru bulunduğu vurgu yapılmıştır. (p. 59). Bununla birlikte, Almanya'da idare dışında öğretmenlik mesleğinin icrasının son derece kısıtlı olması, kendisinin sadece DKP'nin aktif bir üyesi olması dışında, görevi esnasında ve okul dışındaki faaliyetleri ile anayasadaki düzene aykırı tutum benimsediğini gösteren bir delil ileri sürülememesi ve başvuruçunun üyesi olduğu DKP'nin yasal bir siyasi parti olması dolayısıyla, başvuru hakkında ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁶⁷

Sonuç olarak, bir yurttaş olarak yurttaşların sahip oldukları tüm haklara sahip olan kamu görevlilerinin siyasi görüşlerini açıklamalarına getirilen sınırlamalar kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ilkesine dayanmaktadır; bu nedenle görev dışındaki açıklamalar da yürütülen hizmetin tarafsızlığı ilkesine halel getirip getirme-

⁶⁶ Karapetyan ve Diğerleri v. Ermenistan, Application No. 59001/08, 17 Kasım 2016'dan aktaran KAYA, s. 55-56.

⁶⁷ Vogt/Almanya, 26.09.1995, Başvuru No. 17851/91.

diği açısından dikkate alınmaktadır. Bu anlamda tarafsızlığı güvenceye almak amacına yönelik sadakat yükümlülüğü, memurlar açısından ifade özgürlüğüne getirilmiş ek bir sınırlama niteliğindedir. Bununla birlikte gerçek bir demokratik hukuk devletinde memurların siyasi kanaatlerine getirilen kısıtlamaların da hukuka uygun olması gerekmektedir. Memurların mesleki statüleri ve devletin özel durumu ya da içinde bulunulan dönemin özellik arz edip etmediği dikkate alınarak, özel hayatlarında siyasi kanaatlerini “itidal” ile ifade etmeleri memurların tarafsızlık yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmeyecektir.⁶⁸ Bu noktada “itidal” ya da “*modération*”⁶⁹ ile kastedilen, devlet tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ve uyuşmazlıklarda yapılan yorumların demokratik hukuk devletlerine ve insan haklarına uygun ve ölçülü bir sınırlama olmasıdır.

b. Türk Hukuk Sisteminde Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü

Türk hukuk sisteminde kamu görevlilerinin “Anayasaya ve kanunlara” sadakat yükümlülüğü düzenlemiştir. Bağlılık kavramı ise “devlete bağlılık” olarak kullanılmaktadır.⁷⁰ Anayasa m.129/1 uyarınca “Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.”

DMK m.6/1’de ise memurların sadakat yükümlülüğü “*Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar.*” şeklinde düzenlemiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrası, asaleten memuriyete atanmaların kurumlarınca düzenlenecek bir törenle sadakat yemini⁷¹ etmelerini ve yemin belgesinin imzalanarak özlük dosyalarında saklanması öngörmektedir.

Her ne kadar gerek Anayasa ve gerekse DMK m.6 uyarınca memurun sadakat ödevi “anayasa ve kanunlara sadakat” olarak düzenlenmiş bulunsa da, özellikle DMK m.7’nin “Tarafsızlık ve devlete bağlılık” başlığı nedeniyle bu sadakat yükümlülüğünün kapsamına “devlete bağlılık” kavramı da eklenmektedir.⁷² Ayrıca memurların imzaladıkları ve sözlü olarak da yemin ettikleri metindeki ifadeler de doğrudan Anayasa m.2’de güvence altına alınmış “Cumhuriyetin nitelikleri”ni içermektedir.

⁶⁸ GÜRAN, s. 151.

⁶⁹ PLANTEY, s. 70, parag. 155.

⁷⁰ AKYILMAZ, s. 24.

⁷¹ “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına, Atatürk İnkılap ve İlkelerine, Anayasada ifadesi bulunan Türk Milliyetçiliğine sadakatla bağlı kalacağıma; Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını milletin hizmetinde olarak tarafsız ve eşitlik ilkelerine bağlı kalarak uygulayacağıma; Türk Milletinin milli, ahlakî, insanî, manevî ve kültürel değerlerini benimseyip, koruyup bunları geliştirmek için çalışacağıma, insan haklarına ve Anayasanın temel ilkelerine dayanan milli, demokratik, laik, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilerek, bunları davranış halinde göstereceğime namusum ve şerefim üzerine yemin ederim.*”

⁷² GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 856.

Buradan hareketle, “Anayasa ve kanunlara sadakat”ten genel olarak siyasal sisteme ve cumhuriyetin kurumlarına sadakatin anlaşılması gerektiği de belirtilmiştir.⁷³

Kanaatimizce “Anayasaya sadakat” ifadesiyle kendisine sadık olunması işaret edilen “Anayasa”, millet iradesi ve egemenliğe yaptığı göndermelerle birlikte başlangıç hükümlerini de içererek devletin rejimini, cumhuriyetin niteliklerini, devletin esas teşkilatını ve organlarının yetkileri ve sınırlarını düzenleyen hukuk kuralları bütünü olduğundan, “Anayasaya sadakat” ifadesi sadakat ve devlete bağlılık yükümlülüğünü tam olarak karşılamaktadır. Nitekim ÖZYÖRÜK de, tarafsızlık ilkesini “*Esas Teşkilat prensiplerine uygun olarak millete mâl ve atfedilen umumî ve yüksek bir iradeye ve onun emirlerine uygun olarak hareket etmelerine*” bağlamış⁷⁴ ve böylece kanaatimizce Anayasal bloka dikkat çekmiştir.

“Tarafsızlık ve devlete bağlılık” başlıklı 657 s. Kanun m.7, “*Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.*” düzenlemesini getirmiştir. Aslında, m.7 de, genel olarak Anayasa ve kanunlarda hüküm altına alınmış kuralları saymaktadır ve bu nedenle “Anayasa ve kanunlara sadakat” kapsamında bir düzenleme getirmektedir. Bununla birlikte, “Devlet” kavramının anayasa ve kanunlardan ibaret olmayıp, ülke, millet ve egemenlik unsurlarından oluşması nedeniyle, memurun “devlete bağlılık” kavramından ülkeye ve millete bağlılığın da anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁷⁵ ki başlangıç hükümleriyle beraber değerlendirildiğinde, devletin bu maddi ve manevi unsurları da hukuk sistemimiz açısından egemenliğin göstergesi olan Anayasaya dâhildir.

Bu noktada, memurun Anayasa ve kanunlara sadakat yükümlülüğü ile devlete bağlılığını devletin Anayasada düzenlenmiş yasama, yürütme ve yargı organları açısından değerlendirmek gerekmektedir. Özellikle de yürütme organına sadakatin memurun tarafsızlığı ve siyasallaşması açısından değerlendirilmesi önemli görünmektedir. Şöyle ki, idare aygıtının yerleşik tanımları ve Anayasanın sistematigi açısından da idare yürütme organının içinde olmakla birlikte, yürütme organının tamamını kapsamamaktadır.⁷⁶ 21.01.2017 tarih ve 6771 s. Kanun⁷⁷

⁷³ AKYILMAZ, s. 26.

⁷⁴ ÖZYÖRÜK, s. 151.

⁷⁵ GÖZLER, s. 749.

⁷⁶ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 9 vd.; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 25 vd.; GÜNDAY, s. 7-9; GÖZLER, s. 35 vd.

⁷⁷ RG., 11.02.2017, S. 29976.

ile değişik Anayasa m.8 uyarınca “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Anayasa m.104/1 ise yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağı kuralını getirmektedir. İdare aygıtı ise, Anayasa sistematüğinde yürütme organına ilişkin İkinci Kısım Üçüncü Bölümde m.123-m.137 arasında düzenlenmiştir. Buna göre İdare, yürütme organının içinde yer alırken, yürütme organı idari işlevleri ile idareye dâhil olup, siyasi işlevleri ile idarenin dışında yer almaktadır. Böylece, yürütme organı⁷⁸ Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlardan, idare ise bunun dışında kalan genel idareden ve diğer kamu tüzel kişilerinden oluşmaktadır.⁷⁹

Bu bağlamda memurun en üst hiyerarşik amiri konumundaki Cumhurbaşkanı ve özellikle genel idare açısından Bakanların siyasi kimliklere sahip olmaları ve memurun hiyerarşik üste itaat yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmelidir. Devletin bir organı olarak yürütme organına sadakat ile devlete bağlılık birbirine karıştırılmaması gereken kavramlardır. Kamu görevlileri yürütme organın emri altındadırlar, ancak bu durum görevleri dışında da mevzuatın izin verdiği şekliyle yürütme organını eleştiremeyecekleri anlamına gelmeyecektir.⁸⁰ Şüphesiz ki memurların hiyerarşik üstlerinin emirlerine itaat yükümlülükleri vardır. DMK m.11 uyarınca, devlet memurları amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Bu yükümlülüğün ihlali ise DMK m.125 uyarınca disiplin cezası gerektirmektedir. Bununla birlikte, kamu görevlisinin tarafsızlığının ve Anayasa ve kanunlara sadakat yükümlülüğünün bir güvencesi olarak yine Anayasa m.137’de kanunsuz emir kurumunu düzenlemiştir. Buna göre, “*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz*”. Böylece sadakat yükümlülüğü ve bağlılık ödevi devlete karşı olan kamu görevlisi, siyasi erklerin baskısı nedeniyle kanunsuz veya konusu suç teşkil eden bir emirle karşılaştığında, Anayasa m.137 uyarınca emri geri çektirebilme, düzeltilmesini sağlama ya da en azından hukuki sorumluluğundan kurtulma olanağına sahiptir.

⁷⁸ 6771 s. Kanun ile değiştirilmeden önce Anayasa m.8’e göre yürütme görev ve yetkisi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşmaktaydı.

⁷⁹ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku C. I*, Ekin, Bursa, 2019, s. 35-39.

⁸⁰ GÖZLER, C. II, s. 749.

DMK m.125'te sadakat yükümlülüğünü güvenceye alan disiplin fiilleri de düzenlenmiştir. Bu yönde memurun sır tutma yükümlülüğü de bulunmaktadır. DMK m.125/D-(k) uyarınca açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası gerektirmektedir. Ayrıca DMK m.125/E-(k) de yetki almadan gizli bilgileri açıklamayı yasaklamış ve ihlalini devlet memuriyetinden çıkarma yaptırımına bağlamıştır. Her ne kadar “sır” niteliğine ilişkin bir açıklama bulunmasa da bu yükümlülük kamu görevlileri açısından görevlerinden ayrılmalarından sonra da devam etmektedir. Kamu görevlilerinin susma yükümlülüğü (*obligation de discrétion*), ifade özgürlüklerine getirilen bir kısıtlama olarak karşımıza çıkmaktadır ve bu yükümlülüğün kamu görevlisinin göreviyle ilgili konularla sınırlı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, Fransa'da olduğu gibi, kamu yararının söz konusu olduğu istisnai durumlarda bilgileri açıklayan kamu görevlisi idari ve/veya cezai yaptırımdan kurtulabilecektir.⁸¹ Örneğin genel sağlık açısından sorun çıkaracak bir tehlike veya bulaşıcı hastalık riski gibi durumlarda, kamu görevlisi aksi yönde emir alsa dahi bilgileri açıklayabilecektir kanaatindeyiz. Bu durumda, kanunsuz emir hükümlerinin güvencesi de söz konusu olmak durumundadır.

C. Kamu Görevlisinin Tarafsızlık ve Sadakat Yükümlülüğünün Yargısal Yorumu İçin Bazı Örnekler

Kamu görevlilerinin tarafsızlık ve sadakat yükümlülüklerinin ihlali idari yaptırıma bağlandığı kadar cezai kovuşturma ve soruşturma nedeni de olabilmektedir. Böylece uyuşmazlık konusu olan ihlal fiillerine ilişkin, her somut olayda kamu görevlisinin statüsü, açıklamanın içeriği ve şekli, yürütülen kamu hizmetinden kesin bir şekilde ayrılıp ayrılmadığı dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda özellikle son yıllarda verilmiş bazı yüksek mahkeme kararlarına değinilmesi gerekmektedir.

1. Anayasa Mahkemesinin Hasan Güngör Kararı⁸²

Devlet memuru statüsündeki sınıf öğretmeni hakkında bir siyasi partinin basın açıklamasına katılması gerekçesiyle 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilmiştir. Bu yaptırımın, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülüğe aykırı olması gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi memurun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin 657 s. DMK “*Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık*” başlıklı m.7 ve DMK “*Disiplin Cezalarının Çe-*

⁸¹ SANCAKDAR, *Disiplin ...*, s. 234 vd.

⁸² AYM, Hasan Güngör, Bşv. No. 2013/6152, 24.2.2016, RG. 1.4.2016 S. 29671.

şitleri ile Uygulanacak Fiil ve Haller” başlıklı m.125 ile kanunilik şartını taşıdığını belirtmiştir. Müdahalede meşru amaç bulunup bulunmadığını ise, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük kriterine göre değerlendiren Mahkeme, “demokratik toplum ölçütü”nün çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir (p.44). Bu bağlamda, toplumdaki tüm bireyler gibi memurların da çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlandıklarının altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Hasan Güngör Kararında, memuriyetin güvenceli bir şekilde asli ve sürekli olarak ifa edilen bir kamu hizmeti olup sade vatandaşlara göre daha fazla kısıtlama içerdiğini teslim etmektedir. “*Ancak, devlet memurlarının bulunduğu konum, görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesini belirlemede devletin takdir marjı geniş olmakla birlikte özgürlükleri sınırlama niteliği taşıyan müdahalelerin de bir sınırının olduğu unutulmamalıdır*” (p.48). Buna göre, Mahkeme, devlet memurlarının ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığını, kişisel tavırlar sergilenip sergilenmediğini ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığını ifade özgürlüğü incelemesinde değerlendirmeye almaktadır. Ayrıca, “*... görevine yansıtma, şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirilen görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsalar dahi, ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik tedbirleri haklı göstermez ve bu önlemler demokrasiye hizmet etmediği gibi, onu tehlikeye düşürmektedir*” yorumunu yapmıştır (p.46).

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda ölçülü olup olmadığının değerlendirmesinde her somut olayın kendine has özelliğini dikkate alan Anayasa Mahkemesi, kendi kriterlerini Hasan Güngör başvurusuna uygulamıştır. Buna göre, “*Basın açıklamasına katılan grup içinde bulunma dışında bir eylemi tespit edilemeyen başvurusunun sendikal faaliyetleri ile ilgili olmasa da serbest seçimlerin bulunduğu bir ortamda bireyin, gerek siyasi tercihlerini yapabilme amacının doğurduğu ihtiyacı, gerekse siyasi ve toplumsal olaylarla ilgili bilgi edinme merakı göz ardı edilemez bir durum(dur).*” (p.28) olduğunu belirten Mahkeme, başvurusunun ifa ettiği görevi, katıldığı basın açıklamasının içeriğini, siyasi partinin konumunu⁸³ ve siyasi yönünün yürüttüğü hizmete yansımaları dik-

⁸³ Bakanlığın savunmasında işaret ettiği siyasi parti Demokratik Toplum Partisi olup 11.12.2009 tarihinde “*eylemleri yanında terör örgütüyle olan bağlantıları da değerlendirildiğinde Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fillerin işlendiği bir odak haline geldiği*” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. (AYM, E. 2007/1, K. 2009/4, 11.12.2009). Bununla birlikte, Hasan Güngör Kararında Anayasa Mahkemesi, parti kurucularından bir kısmı-

kate almıştır. Başvurucunun bir devlet okulunda sınıf öğretmeni ve aynı zamanda sendika temsilcisi olduğuna dikkat çeken Mahkeme, devlet memurlarının ifade özgürlüğü kapsamında düşüncüyü açıklama ve bilgiye erişim hakkından bütünüyle mahrum bırakılamayacakları değerlendirmesi yapmıştır. Her ne kadar gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet gibi alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkün olmakla birlikte, başvurucunun bu türden sınırlamalara tabi olmasını gerektirecek veya başkaca bir güvenlik tehdidi oluşturan görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerin bulunduğuna ilişkin hakkında bir yakınma da olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin bir ihlal oluşturduğu kararını vermiştir.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi memurların siyasi görüş ve kanaatlerinin açıklanması konusunu AİHM kararları doğrultusunda özgürlükçü bir açıdan değerlendirmiş ve böylece memurların ifade özgürlüklerinin kullanılmasının limitine ilişkin kriterler belirlemiştir. Şöyle ki, memurun bulunduğu konum ve yürüttüğü hizmet, açıklamaların dengeli ve siyaseten tarafsız olması, düşünce ve kanaatlerin yürütülen kamu hizmetine yansıtılmaması ve son olarak ifadelerin içeriğinde şiddete teşvik veya demokratik ilkelerin reddinin bulunmaması. Bu durumların mevcut olması halinde, ifade özgürlüğüne yapılacak müdahaleler demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olabilecektir. Bunlar dışında, açıklamanın dili ve açıklamanın dile getirilme biçimi özgürlüğe yapılan müdahaleleri haklı kılmamaktadır.

2. Anayasa Mahkemesinin Hasan Güngör (2) Kararı⁸⁴

Başvuru konusu uyuşmazlık, bir siyasi partinin il merkezi binasında ceza infaz kurumlarındaki koşullara dikkat çekmek için açlık grevi yapanların ziyaret edilmesi nedeniyle ortaya çıkmıştır. İdare tarafından, memurun bir siyasi parti binasında açlık grevi yapanları ziyaret ederek kanunlar tarafından kendisine yüklenen tarafsız bir görünüm sergileme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği belirtil-

nın halen TBMM'de bulunan başka bir siyasi parti bünyesinde görev yapmakta olduğuna vurgu yapmış (parag. 52) ve bu yöndeki iddiaları ifade özgürlüğünün meşru kısıtlanması olarak dikkate almadığını göstermiştir.

Nitekim, "ifade özgürlüğü genel çerçevesinde siyasi partilerin hedefi; fikirleri ve bunları topluma ulaştırma özgürlüğü korumak, bireylerin seçme ve tercih yapma imkanına zemin hazırlamak, demokrasinin doğru şekilde işlemlenmesini sağlamak ve çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü gibi kavramlarının içi boş kavramların ötesine geçmesine yardım etmek olduğundan demokrasinin vazgeçilmez araçları olarak kabul edilir. Bu bağlamda siyasi partilerin veya diğer toplumsal örgütlenmelerin kamuyu ilgilendiren sorunlarla ilgili gösteri, yürüyüş veya basın açıklaması yapması veya daha farklı barışçıl yöntemlerle sesini duyurmaya çalışması ve farkındalık oluşturarak çoğunluğun dikkatini çekmesi bu özgürlük kapsamında beklenen bir sonuçtur" (parag. 45) yorumu ile siyasi partilerin demokratik toplumdaki işlevlerine ve bunun sağlanması için de ifade özgürlükleri bulunduğunu da açıkça belirtmiştir.

⁸⁴ AYM, Hasan Güngör (2), Bşv. No. 2015/1554, 25.12.2018.

miştir. Açlık grevini yapanları ziyaret ederek, siyasi amaçla yapılan açlık grevini ve dolayısıyla siyasi parti faaliyetini desteklemesi ve böylece bir siyasi partinin yararına ya da zararına hareket etmeme yükümlülüğünü ihlal etmesi gerekçesiyle hakkında DMK m.125/D uyarınca bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Başvurucu hakkında tesis edilen disiplin yaptırımı tekrerrür nedeniyle bir üst cezaya çevrilmiş ve başvuru memuriyetten çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin memurların ifade özgürlüklerinin güvenceleri ve sınırları konusunda geniş ölçüde 2016 tarihli Hasan Güngör kararına⁸⁵ dayanarak, değerlendirme yaptığı başvuru sonucunda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Öncelikle, Anayasa Mahkemesi “... açlık grevi yapmak ... bir çeşit ifade yöntemi olduğu gibi açlık grevi yapanları ziyaret etmenin de benzer şekilde ifadenin bir türü olduğu kabul edilmelidir” (p. 46) yorumunu yapmış ve birey olarak memurların da ifade özgürlüğüne sahip olduğu ve fakat bu özgürlüğün memurlar açısından sade vatandaşlara göre daha fazla kısıtlama içerdiği yönündeki ilkelere tekrarlamıştır. Bu kısıtlamalardan birinin de siyaset yasağı olduğu ve bu yasağın kapsamının ve çerçevesinin Anayasa m.68/5 ve DMK m.7, m.125 ile belirlendiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, siyasi partilere üye olma yasağının netliği ve fakat siyasi faaliyette bulunma yasağının değerlendirilmesinin ifade özgürlüğü açısından zorluğuna ve belirsizliğine dikkat çekmiştir:

“Bu çerçevede, siyasi partiye üye olmak açıkça memurların siyaset yasağı kapsamında kalmaktadır. Bununla birlikte mevcut siyasi oluşumların yararına ya da zararına faaliyet yapıldığı veya dini, felsefi, mezhepsel görüşlerini, cinsiyet ayrımcılığı gibi ayrımcılıkları kamu hizmetine yansıtır şekilde hizmeti yerine getirildiği iddialarının memurların siyaset yasağı kapsamında kaldığını söylemek her zaman kolay değildir. Bu nedenle siyasi parti üyeliği dışında memurların kamu hizmetini yerine getirirken uygulamalarının ve faaliyetlerinin siyaset yasağına girip girmediğinin her olayın kendi şartları içinde titizlikle incelenmesi ve müdahale konusu eylemin bir siyasi parti yararına olduğunun makul gerekçelerle ortaya konulması gereklidir. Zira çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokrasinin temelleri olup düşünce ve ifade özgürlüğü sınırlayan müdahalelerin dar yorumlanması zorunludur.” (p. 49).

Mahkeme, idare tarafından bir siyasi parti yararına faaliyet kapsamında değerlendirilen eylemin açlık grevi yapanları ziyaretten ibaret olduğunu tespit etmiştir. Bunun yaptırım için yeterli gerekçe olmadığını belirten Mahkeme, söz ko-

⁸⁵ bkz. *Supra*.

nusu ziyaretin bir siyasi parti faaliyetine destek vermek veya katılmak olduğunun ve buna bağlı olarak disiplin cezası uygulanmasının idarenin tutanaklarında ve mahkeme kararında makul gerekçelerle gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁶ Nitekim “... serbest seçimlerin bulunduğu bir ortamda bireyin gerek siyasi tercihlerini yapabilme amacının doğurduğu ihtiyacı gerek siyasal ve toplumsal olaylarla ilgili bilgi edinme merakı ve duyarlılığı gösterme talebi göz ardı edilmemelidir” şeklindeki Hasan Güngör hakkındaki önceki kararına atıf yaparak, ziyaretin salt parti binasında gerçekleşmiş olmasının doğrudan bir siyasi parti yararına kabul edilmesinin *tek başına* başvuruçunun ifade özgürlüğünün kısıtlanması için ilgili ve yeterli bir gerekçe oluşturulmaması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

3. Anayasa Mahkemesinin Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri Kararı⁸⁷

Anayasa Mahkemesi, Başvuruçuların dâhil olduğu, 1128 öğretim üyesi tarafından imzalanan ve daha sonra destek imzaları ile imzacı sayısı 2000’i aşan, “Barış İçin Akademisyenleri Bildirisi” veya “Bu Suça Ortak Olmayacağız Bildirisi” olarak isimlendirilen bildiriye imzalamaları nedeniyle terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılmalarının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu yönünde karar vermiştir. Her ne kadar kamu görevlisi statüsü ve kamu görevlilerinin tarafsızlık yükümlülüğü açısından bir değerlendirme yapılmış olmasa da, Anayasa Mahkemesinin uyuşmazlık konusu bildirinın akademik özgürlüklerle ilişkisini ortaya koyması (p. 110-113), bildiriye imzalayanların yükseköğretim elemanları olması ve karşı oy yazısında karara katılmama gerekçesi olarak “devlete bağlılık” ve “sadakat” yükümlülüklerine dayanılmış olması nedeniyle, kanaatimizce söz konusu karar çalışma kapsamı açısından ilgili ve dikkat çekici niteliktedir. Nitekim uyuşmazlık konusu ceza kararları Terörle Mücadele Kanunu kapsamında suç nitelmesiyle verilmiştir ve terör olarak nitelenen her türlü eylem şüphesiz ki devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğünün ihlalini oluşturacaktır.

Mahkeme tarafından müdahalenin terörle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru bir amaç taşıdığı belirtilmiştir. Ancak kanunilik nitelmesi açısından Terörle Mücadele Yasası m.7’nin kamu otoriteleri ve yargı tarafından geniş ve amacına aykırı yorumlanması iddiası, demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ve ölçülülük ilkeleriyle birlikte değerlendirilmiştir.

⁸⁶ Söz konusu siyasi parti hakkında kapatma kararı alınmış olduğu, parti merkezinde açlık grevi yapanların dikkat çekmeye çalıştıkları konunun Abdullah Öcalan’ın hükümlülük koşulları olması, başvuruçunun sınıf öğretmeni olması nedeniyle ilköğretim öğrencilerinin kişiliklerinin belirlenmesinde etkisinin oldukça fazla olduğuna ve ziyaret ettiği siyasi partinin terör örgütüyle bağlantıları değerlendirilerek devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fillerin işlendiği yönünde yaptığı savunma (p. 26-27-28) Anayasa Mahkemesi tarafından yeterli bulunmamıştır.

⁸⁷ AYM Zübeyde Füsun Üstel ve Diğerleri, Bşv. No. 2018/17635, 26.07.2019.

Zübeyde Fusun ÜSTEL ve Diğerleri Kararının çalışmamız açısından en dikkat çekici yönü, karara katılmayan üyelerden birinin karşı oy yazısında “devlete sadakat” yükümlülüğüne dikkat çekmiş olmasıdır. Karşı oy yazısında, “Genel olarak çalışanların ve kamu görevlilerinin işverenlerine ve Devlete olan sadakat borçlarının ihlal edildiği durumlarda, AİHM ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri gerekli ve orantılı” olduğu belirtilmiştir. Buna dayanılarak, “Anayasa’nın “Başlangıcında da, Türk Devleti’nin bölünmez bütünlüğü” (Devleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlük) ilkesi özellikle vurgulanmış (1. ve 5. paragraflar), Yükseköğretim Kurumlarını düzenleyen 130. maddesinde de (4. paragraf) “... Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez.” hükmü yer almıştır. Anılan bu Anayasal düzenlemeler öğretim üyeleri yönünden “Devlete Sadakat” borcu yükleyen en üst hukuk normlarıdır... Devlete sadakat ilkesiyle bağdaşmayacak sıfat ve isnatların ise esasen ifade hürriyeti ile karşılanması mümkün değildir.” değerlendirmesi yapılmıştır.

Bildirinin dilinin sert, suçlayıcı ve kamu otoriteleri açısından rahatsız edici olduğu⁸⁸ nitelmesine katılan Anayasa Mahkemesi, önceki kararlarına atıfla⁸⁹ “... ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir. İfade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.” değerlendirmesi yapmıştır (parag.102). Bildirinin dilinde açıkça polemik çıkarmaya ve şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik bir tercih olduğunun altını çizen Mahkeme, “Eleştirel bir düşünce açıklamasında öfke dilinin kullanılmasının muhatabı sarsma amacı da vardır.” (p.103) yorumuyla bildiri metninin eleştirel bir düşünce açıklaması niteliğinde olduğunu da tespit etmiştir. Mahkemeye göre, kesin ve inandırıcı deliller bulunmaksızın - Hasan Güngör Kararlarında işaret ettiği gibi- soyut değerlendirmelerle bir düşünce açıklamasının terör örgütü talimatı ile ve terör örgütüyle işbirliği içinde yapıldığının varsayılması ifade özgürlüğü üzerinde ağır bir baskı yaratacaktır (p. 95).

⁸⁸ Bildiri kamu otoritelerini başvurdıkları terörle mücadele yöntemi ve uyguladıkları şiddetin ağırlığı konusunda açıkça eleştirmektedir. Bildiri, daha hafif yöntemlere başvurmayan yetkilileri katliam yapmak ve bilinçli sürgün uygulamakla suçlamakta, meydana gelen maddi kayıplar nedeniyle şehirleri yıkım bölgeleri olarak nitelendirmektedir. Mahkemeler, bildiride “yıkım”, “katliam”, “işkence”, “sürgün”, “kasıtlı ve planlı kıyım” gibi ifadelerin kullanılmış olmasını da eleştirmiştir.

⁸⁹ Emin Aydın (2), B. No: 2013/3178, 25/6/2015, p. 35; (Ali Suat Ertoşun, B. No: 2013/1047, 15/4/2015, p. 66).

Devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer konu da, bildirinin muhatap olarak devleti almış olmasıdır. Nitekim, ilk derece mahkemeleri de bu konuya dikkat çekmiş ve benzeri bir çağrının terör örgütüne yapılmamış olmasını ve bildiri içeriğinde yaşanan şiddet olaylarının sorumlusu olarak terör örgütünün işaret edilmemesini mahkumiyet kararlarına dayanak almışlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi, somut bilgi ve kanıtlardan azade bir “niyet okuması” niteliğinde olan bu gerekçeleri inandırıcı ve hukuki bulmamış ve “*tümüyle hukuk alanının dışında hareket eden, amacı korku salmak olan ve toplumu yıldırma yönünde her türlü eylemi yapmaktan çekinmeyen silahlı ve tehlikeli bir örgütün muhatap alınmamasına veya değerlendirmelerde şu veya bu sebeple göz ardı edilmesine hukuksal bir sonuç bağlanmasının kabul edilmeyeceğinin*” altını çizmiştir (p. 96). Buradan hareketle, toplumsal hayatı önemli biçimde etkileyen bir olaya ilişkin önerilerin sadece devlete yönlendirilip gayrimeşru aktörlerin hedef alınmamasının cezalandırılmasının kamusal tartışmayı tamamen ortadan kaldıracığına dikkat çeken Mahkeme, ifade özgürlüğünün meşru bir sınırlandırılması nedeni olarak bu durumun ileri sürülemeyeceğini de ortaya koymuştur (p.97).

Anayasa Mahkemesinin bu yorumundan hareketle, mevzuatta yaptırıma bağlanmış ihmalî davranışlar hariç olmak üzere, kamu görevlilerine getirilen devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğünün, “devletin karşısında” ve/veya “gayrimeşru” olarak nitelenen kişi, olay ya da odaklara yönelik tepki gösterme, hedef alma yükümlülüğüne kadar genişletilmeyeceğini söylemek de yanlış olmayacaktır.

Devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğü açısından Anayasa Mahkemesinin “Kamu Otoritelerinin Eleştirilmesi” başlığı altında yaptığı değerlendirmeler ve ortaya koyduğu ilkeler dikkat çekicidir (p. 104-109):

1. Kamu gücünü kullanan organlar nazarında kabul edilemez görülse bile, hukukun üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan demokratik bir toplumda kurulu düzene, politikalara ve uygulamalara karşı çıkan veya kamu gücünü kullanan organların eylemlerini eleştiren, onları kabul edilemez bulan fikirler serbestçe açıklanmalıdır.
2. Terörle etkin mücadele, terörizmin yıkmak istediği demokratik hukuk devletinin temel ilkelerini koruyarak yapılabilir. Bu kapsamda, ne kadar ağır olursa olsun, devletin terörle mücadele politikalarını eleştiren görüş ve düşüncelerden dolayı kişilere yaptırım uygulanmamalıdır.
3. Kamu gücünü kullandıkları için, kamu otoritelerine yönelik kabul edilebilir eleştiri sınırları özel bireylere nazaran çok daha geniştir. Demokratik bir sistemde, kamu otoritelerinin eylemleri yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altındadır.

4. Kamu otoriteleri kendilerine yönelik saldırı ve eleştirilere farklı araçlarla cevap ve tepki verme imkânına sahiptir. Bu imkânların varlığı nedeniyle kamu gücünü kullanan otoriteler haksız sözel saldırılar karşısında -şiddete teşvik içermedikçe- ceza soruşturma ve kovuşturmasına başvurma hususunda kendilerini sınırlandırmalıdır.
5. İfadelerin son derece sert olduğu kabul edilse bile bildirinin bir bütün olarak herhangi bir kişiyi veya resmî görevliyi doğrudan hedef almadığı, kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuda büyük bir toplumsal tartışmaya yönelik ifadeler barındırdığı kabul edilmelidir. Bununla bağlantılı olarak ilk derece mahkemelerinin bildirinin ülkemizi uluslararası alanda küçük düşürme amacı bulunduğu gerekçesine dayanmaları müdahalenin meşru sebebi olarak kabul edilemez. Başvurucuların ifade özgürlüklerine yapılan müdahalenin meşru sebebi kamu güvenliğinin sağlanmasıdır. Kamusal makamların şerefi veya saygınlığı gibi sebeplerle kişilerin varsayımsal değerlendirmeler üzerinden terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılması ve bu suretle ifade özgürlüklerinin sınırlandırılması anayasal olarak mümkün değildir.
6. Bir bütün olarak bakıldığında- yetkililere çatışmaların sona erdirilmesi ve yaşam hakkına ilişkin ilke ve kuralların korunması çağrısını içermektedir. Herhangi bir düşünce açıklamasının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altında bulunan yaşam hakkı ile ilgili olması durumunda resmî otoritelerin eylemlerine ilişkin eleştirilere daha fazla hoşgörü gösterilmesi gerekir.

Bu ilkelere dikkat çekici olan, Anayasa Mahkemesinin kamu otoritelerinin “politikası” ve “*Demokratik bir sistemde, kamu otoritelerinin eylemleri yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altındadır.*” ifadeleriyle yasama ve yargı organı yanında devletin üçüncü organı olan yürütmeyi ve idareyi doğrudan işaret etmiş olmasıdır. Bu bağlamda Terörle Mücadele Kanunu kapsamında bir suç fiili oluşmadığı Yüksek Mahkeme kararı ile teslim ve bunun yanında ifadelerin yöneldiği hedefin devlet değil, yürütme organı olduğu da tespit edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca yine ifade özgürlüğüne yapılabilecek müdahalenin meşru amaç taşıması gerektiği ve fakat “*kamusal makamların şerefi ve saygınlığı*” ve “*ülkenin uluslararası alanda küçük düşürülmüş olması*” gibi nedenler müdahalenin meşruiyetini sağlamayacaktır; zira söz konusu ifadeler devletin mevcut temsilcilerinin yürüttükleri politikanın eleştirisi niteliğindedir.

Bu nedenle, karşı oy gerekçesindeki devlete sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilemeyecek ve idari yaptırımdan da bağışık olması gerekecektir.⁹⁰ Şöyle ki, her ne kadar ceza yargılamasında bir kamu görevlisinin beraat etmesi disiplin hukukunda yaptırıma maruz kalmayacağı anlamına gelmesede, Anayasa Mahkemesinin “... ne kadar ağır olursa olsun, devletin terörle mücadele politikalarını eleştiren görüş ve düşüncelerden dolayı kişilere yaptırım uygulanmamalıdır.” yorumu sadece ceza yaptırımını değil, idari yaptırımları da kapsar nitelikte değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim ceza kovuşturması ve soruşturmasına maruz kalmayı ölçüsüz bulan AYM, “kamu otoriteleri kendilerine yönelik saldırı ve eleştirilere farklı araçlarla cevap ve tepki verme imkânına sahiptir.” diyerek de bu yolu göstermektedir.

Aynı şekilde bildiri metnini imzalayanların bilimsel özerkliğe dayalı olarak özel statüyle düzenlenmiş yükseköğretim elemanları olmaları, yükseköğretim kamu hizmetini yürütmeleri ve bildiriadaki ifadelerin yürüttükleri hizmetin tarafsızlığına sirayet ettiğine dair bir tehdit ve/veya şikâyetin de bulunmaması kriterleri de dikkate alındığında sadakat yükümlülüğünün ihlalinin bulunmadığını tespit etmek gerekecektir. Aksi yönde yapılacak bir yorum, Yüksek Mahkemenin Hasan Güngör Kararlarında benimsediği ilke ve yorumlara aykırılık teşkil edecektir.

4. Danıştay 12. Dairesinin Memurun Siyasi Faaliyetine İlişkin Kararı⁹¹

Uyuşmazlık konusu, İl Sağlık Müdürlüğünde Çevre Sağlık teknisyeni olarak görev yapmakta olan memurun, bir siyasi parti il başkanlığı tarafından düzenlenen ve demokratik kitle örgütleri, sivil toplum kuruluşlarının da davetli olduğu

⁹⁰ 2.12.2016 tarih ve 6764 s. Kanun m.26 ile değiştirilen 2547 s. Yükseköğretim Kanunu'nun disiplin ve ceza işlerine ilişkin m.53/b'nin (1), (2), (3), (4) ve (6) numaralı bentlerine eklenmiş “657 sayılı Kanundaki fiillere ilave olarak ...” ifadesi Anayasa Mahkemesi tarafından 10.04.2019 tarihinde iptal edilmiştir. Yükseköğretim kanunda öğretim elemanları için öngörülen disiplin cezalarını genişleterek 657 s. Kanundaki fiilleri de ekleyen düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından, herkes için öngörülmüş olmakla birlikte öğretim elemanları ile daha yakın bir ilişki bulunduğu belirtilen Anayasa m.27 (Bilim ve sanat özgürlüğü) ve bilimsel özerklik gereği üniversitelere tanınan statüyü düzenleyen Anayasa m.130'a aykırı bulunmuştur. Anayasa m.130'un gerekçesine de atfı yapılan kararda “... öğretim elemanlarına ilgili mevzuat ile yüklenen ödevlerin diğer kamu personeline nazaran farklı nitelikte olması sebebiyle uygulanan disiplin hükümlerinin de mu meslek sınıfının özelliklerini gözetmesi gerektiği ...” gerekçesi ve 657 s. Kanunda öngörülen disiplin suçlarının yükseköğretim personeli açısından uygulanamaz oluşu (örneğin; siyasi partiye üye olma, basına açıklama yapma vb.), anayasa hükümleri ve bilimsel özerklik ile beraber değerlendirilmiştir. AYM, E. 2017/33, K. 2019/20, 10.04.2019, RG 17.07.2019, S. 30834.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile Zübeyde Fusun Üstel ve Diğerleri Kararları beraber değerlendirildiğinde ve 2547 s. Kanunda benzeri bir disiplin suçunun bulunmaması da dikkate alınarak, barış Bildirisi imzacıları hakkında devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğü ihlali gerekçesiyle disiplin yaptırımı uygulanması da mevzuat gereği mümkün olmayacaktır.

⁹¹ D. 12. D, E. 2016/3449, K. 2016/6362, 13.12.2016.

toplantıya, üyesi bulunduğu Sağlık ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası adına bir grupla beraber katılmasından kaynaklanmıştır. Davacı memura, söz konusu toplantının siyasi parti çalışmalarına yönelik olduğu, kamu görevlileri ile ilgisi bulunmadığından sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyeceği ve parti delege listesinde kendisinin de imzasının bulunması gerekçeleriyle DMK m.125/D-(o) uyarınca iki yıl kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası verilmiştir. Memur ilk derece mahkemesi ve temyiz merciinde işlemin hukuka uygun bulunması üzerine, İYUK m.54/1-(c)⁹² uyarınca karar düzeltme yoluna gidilmiştir.

Danıştay 12. Dairesi dava konusu işlemin hukuka uygunluğunu değerlendirirken AİHM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarına atıf yapmış ve ifade özgürlüğünün demokratik toplumlara çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamayı ölçülülük ilkesi açısından da değerlendirmiş, AİHM Kararlarına⁹³ atıfla, sınırlamanın demokratik toplumda en son çare ya da “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”ın karşılanması niteliğinde olması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin Hasan Güngör Başvurusu sonucunda verdiği kararlardaki yorumlarına da işaret eden Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne getirilecek kriterlerin hukuka uygun olması için dikkate aldığı kriterleri somut uyuşmazlık açısından değerlendirmiştir. Buna göre “... bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek veya başka güvenlik tehdidi oluşturan bir görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulunduğuna ilişkin olarak bilgi ve belgelerin olmadığı, toplantıya sivil toplum örgütleri, odalar ve sendikaların da davetli olduğu ve toplantı içeriğine ilişkin olarak ayrıntılı bir tespitin de mevcut olmadığı” değerlendirmesi yaparak somut delil olarak sunulan imza listesinin de siyasi parti delege listesi değil, katılımcı imza listesi olduğundan bahisle idare mahkemesinin kararını bozma kararı vermiştir.

III. Kamu Görevlilerinin Siyasi Parti Üyeliği Yasağı ve Seçilme Yeterlilikleri

“İdarenin tarafsızlığı prensibi, memurun siyasete karışmamasını ve siyasî kuvvetlerin de memuru rahat bırakmasını zaruri kılar. Memur siyasî faaliyetlere olan temayülünden menedilemez ve siyasî kuvvetlerin İdare üzerindeki baskıla-

⁹² 18.06.2014 tarih ve 6545 s. Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 28.06.2014, S. 29044) m.103 ile ilga edilmiş ve karar düzeltme kurumu Türk idari yargılama hukukundan kaldırılmıştır.

⁹³ Axel Springer AG/Almanya, Bşv. No. 39954, 07.02.2012; Von Hannover/Almanya (no. 2), 40660/08 ve 6064108, 07.02.2012.

rına set çekilemezse, İdarenin tarafsızlığını temine imkân yoktur”.⁹⁴ Bu nedenle kamu görevlilerinin seçilme haklarına da sınırlama getirilmiş durumdadır. Modern demokratik devletlerde, kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmaları kadar, görevlerinden çekilmeksizin genel ve yerel seçimlerde aday olabilmelerine de mevzuat izin vermektedir. Bununla birlikte bir takım kısıtlamalar da getirilmektedir. Bu konuda öncelikle Türk idare hukukunun esin kaynağı olan Fransa’daki durumun incelenmesi ve devamında Türk Hukukundaki durumun ortaya koyularak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

A. Fransa’da Kamu Görevlilerinin Siyasi Parti Üyeliği ve Seçimlerde Adaylık

Fransa’da, kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmalarına yönelik bir yasak bulunmamakla birlikte kamu görevlileri yönetim kadrolarında görev alamamaktadırlar. Bununla birlikte, Seçim Yasasının (*Code Eléctoral*) çeşitli hükümlerinde bazı kamu görevlilerin adaylıklarına ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Şöyle ki, Seçim Kanunu genel, bölgesel ve yerel seçimlerde seçilme yeterliliğine ilişkin ayrı düzenlemeler getirmiş ve bu bağlamda kamu görevlilerinin adaylıklarını da yürütülen hizmet ve aday olunan bölgeye göre farklı olarak düzenlemiştir. Buna göre, genel seçimlere yönelik olarak madde L132, bölge seçimlerine ilişkin madde L195 ve yerel seçimlere ilişkin madde L231 seçimlerde adaylıkları kısıtlanan kamu görevlisi kategorilerini benzer listeler halinde düzenlemiştir.

Bu düzenlemelerde dikkat çeken husus, kamu görevlisinin statüsüne ve yürüttüğü hizmete göre hizmeti yürüttükleri bölgelerden aday olabilmelerine belli sürelerle yasak getirilmiş olması; buna mukabil mutlak ve genel bir şekilde aday olma hakkından mahrum bırakılmamalarıdır. Örneğin, bölge ya da il valilerinin daha seçim tarihinden önceki üç yıl içinde görev yaptıkları il veya illerden aday olmaları hem genel, hem bölge hem de yerel seçimler için yasaklanmıştır (*Code Eléctoral art.L132-1, art.L195-1, art.L231-1*). Bunun dışında, genel ve bölge seçimlerinde polis, yargı mensupları, bazı silahlı kuvvetler mensupları, yüksek memuriyetler açısından seçim tarihinden önce bir yıl süre içinde görev yaptıkları yerlerden adaylık yasağı bulunurken, yerel seçimlere ilişkin bu kategoriler kendi içinde üçe ayrılmış ve bazı silahlı kuvvetler mensupları, yargı mensupları ve mahalli idare kaymakamlık memurları açısından da altı aylık bir sınırlama getirilmiştir (*art.L231-2*).

Aynı şekilde, aday olan kamu görevlileri cezai, disiplinler ve mali sorumluluktan kaçınmak için, seçim kampanyalarını görev dışı saatlerde gerçekleştirmek ve yürüttükleri kamu hizmetinden kesin olarak ayırmak zorundadırlar (*art.L52-4*

⁹⁴ ÖZYÖRÜK, s. 164.

ve art.L52-6). Bu kurallara uygun olarak gerçekleştirilen kampanya faaliyetleri sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemektedir.⁹⁵ Buradan hareketle seçim kampanyası yürüten kamu görevlilerinin kamu hizmetinin kendilerine sağladıkları olanaklardan da (fotokopi, araç vs.) yararlanmaları mümkün değildir; aksi yönde davranış Ceza Kanunu (*Code Pénal*) madde L432-12 ve madde L432-15 hükümlerine göre cezai sorumluluk doğuracaktır.

Görüldüğü gibi Fransa’da kamu görevlilerinin siyasi partilere üyeliği ve seçimlerde aday olmaları bazı kamu hizmetlerinin sürekliliği ve tarafsızlığı gerekçesiyle getirilen bir takım kısıtlamalar dışında mümkündür. Demokratik bir sistemde kamu görevlilerinin bir yurttaş olarak ifade özgürlüğüne ve seçilme hakkına sahip oldukları tanınmakla birlikte, statüsü ve yürüttüğü görev nedeniyle ve bunlarla orantılı olarak memurun siyasi faaliyetlerine kamu yararı gerekçesiyle kısıtlama getirilmiştir. Buna paralel olarak, 13 Temmuz 1983 tarih ve 1983-634 s. Kanun m.7 ile seçimlere katılan kamu görevlilerine kampanyaları ve/veya seçimleri halinde görevleri süresince ifade ettikleri görüş, aldıkları oylar nedeniyle kariyerlerinin olumsuz etkilenmemesi güvencesi getirilmiştir. Bununla birlikte, kamu görevlisinin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü de söz konusu kampanya çalışmaları ve seçilerek geldikleri görev süresince de devam etmektedir. Bu nedenle açıklanan ifadelerin, kamu hizmetinin idare edilenler algısında değer kaybına uğramasına ve itibarının sarsılmasına yol açacak aşırılığa ulaşması halinde disiplin yaptırımı uygulanması hukuka uygun olacaktır.⁹⁶

B. Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Siyasi Partiyeye Üyeliği ve Adaylık

Türk Hukukunda ise, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları hariç, kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmıştır. Gerek Anayasa m.68/5 ve gerekse DMK m.7’nin amir hükümleri yoruma yer bırakılmaksızın memurların siyasi parti üyeliklerini yasaklamaktadır. Ayrıca buna paralel olarak 1982 Anayasası m.67’de güvence altına alınan “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı” da memurlar açısından sınırlandırılmış ve görevden çekilme şartına bağlanmış bulunmaktadır. Bununla birlikte Türk Hukuk sistemindeki önceki anayasalarda farklı düzenlemelere de rastlanmaktadır. Örneğin, 1876 tarihli Kanunu Esasi’de memurların seçilme yeterliliğine ilişkin bir hüküm ya da kısıtlama mevcut değilken, seçimleri halinde mebusluk ile memuriyetin bağdaşmazlığı düzenlenmiştir. 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye’de zaten savaş dönemi kabul edilmiş kısa bir

⁹⁵ CAA de Paris, 10 Nisan 2018, M.E. c / Commune de Saint Pathus, No. 17PA01586. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000036791164> (Erişim Tarihi: 9.08.2019).

⁹⁶ CE, 10 Mart 1972, Jannes, Rec. s. 202.

anayasa olarak bu konuda hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Daha sonra 3.4.1923'te yürürlüğe giren 320 s. Kanunla İntihab-ı Mebusan Kanunu ile hâkim ve savcılar dâhil tüm memurların seçimlerden iki ay önce istifa etmedikçe görev bölgelerinden aday olamayacakları düzenlenmiş ve fakat görev bölgeleri dışındaki adaylıklar açısından herhangi bir koşul öngörülmemiştir. Ordu mensupları açısından ise, hiçbir şekilde görev yaptıkları bölgelerden aday olamayacakları öngörülmüştür.

1924 Anayasası bağdaşmazlık hükümlerine yer vermiş ve m.23'te "*Meb'usluk ile Hükümet Memuriyeti bir zat uhdesinde içtima edemez*" hükmünü getirmiştir. Bunun dışında adaylığa ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 1942 tarihli 4320 s. Mebusluk Seçimi Kanunu ile ordu mensupları ve bunlar dışında kalan kamu görevlileri açısından farklı düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, 320 s. Kanuna paralel olarak öğretmenler hariç kamu görevlilerinin seçimlere iki ay kala istifa etmedikçe görev çevrelerinden aday olamayacağı öngörülmüştür. Ordu mensupları açısından ise, seçimlere en çok on gün kala görevlerinden istifa etmemeleri ya da emekliliklerini talep etmemeleri halinde aday olma yasağı getirilmiştir.⁹⁷

Görüldüğü üzere, Cumhuriyet döneminde 1942'den itibaren seçilme yeterliliği açısından görevden çekilme koşulu öngörülmüştür. Bu sistemdeki ilk ve köklü değişiklik 1961 Anayasası döneminde olmuş ve son derece özgürlükçü düzenleme getirilerek belli kategoriler hariç olmak üzere memurlara görevden çekilme koşulu öngörülmesi dahi Anayasa ile yasaklanmıştır. Bu nedenle 1961 Anayasası ve 1982 Anayasasının öngördüğü sistemin ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

1. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası döneminde kamu görevlilerinin aktif siyasi faaliyetleri açısından özgürlükçü düzenlemeler yer almıştır. 1961 Anayasası m.119'da "*Memurlar ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin yönetim ve denetim işlerinde çalışanlar ve kamu yararına çalışan derneklerden özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış olanların merkez kurullarında görev alanlar, siyasi partilere ve sendikalara üye olamazlar. Memurlar ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışanlar, görevlerini yerine getirirken, vatandaşlar arasında, siyasî kanaatlerinden dolayı herhangi bir ayırım yapamazlar.*" düzenlemesi yer almış ve bu esaslara aykırı hareketleri mahkeme hükmüyle sabit olanların, kamu hizmetinden temelli çıkarılacağı hüküm altına alınmıştır. 1961 Anayasası m.72'de de milletvekili seçilmeye engel bir durumu olmayanların Cumhuriyet senatosuna üye olabilecekleri düzenlemesiyle, m.68'de belirtilmiş kamu görevlileri açısından senatörlük görevini de yasaklamıştır.

⁹⁷ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. DÖNER, Ayhan, "Geçmişten Günümüze Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı", *AÜHF Derg.*, C. 58, S. 4, s. 740 vd.

Bu yasağın nedeni, m.119'un Temsilciler Meclisinde görüşülmesi esnasında söz alan Komisyon Sözcüsü Turan GÜNEŞ tarafından “*Kanaatimize göre, Türkiye’de partizanlığın sebebi, işçilerin veya bu statüde bulunanların siyasi partilere girmesinden değil, idarecilerin siyasi partilere girmesindedir.*” şeklinde açıklanmıştır.⁹⁸ Bu şekilde idarenin tarafsızlığı ve dolayısıyla liyakat ilkesine de yapılan gönderme, madde gerekçesinde “*Çok partili demokratik bir siyasi hayat tarzını kabul eden memleketimizde son on yıllık tatbikat(ın) kamu hizmeti görevlilerinin siyasi partiler karşısında tam tarafsızlığının bir anayasa teminatına bağlanmasının lüzumlu*”luğu olarak kendisini göstermiştir.⁹⁹

Buradan hareketle 1961 Anayasası döneminde, idarenin tarafsızlığını bozabilecek müdahalelerin her iki yönden gelme olasılığını dikkate alan anayasa koyucunun amacının memurun siyasi partilerle ilişki kurması kadar, diğer taraftan siyasi iktidar ve hükümetin idare aygıtına siyasi müdahalesinin engellenmesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim ÖZYÖRÜK’ün de altını çizdiği gibi “*İdarenin tarafsızlığı prensibi, memurun siyasete karışmamasını ve siyasî kuvvetlerin de memuru rahat bırakmasını zaruri kılar. Memur siyasî faaliyetlere olan temayülünden menedilemez ve siyasî kuvvetlerin İdare üzerindeki baskılarına set çekilemezse, İdarenin tarafsızlığını temine imkân yoktur*”.¹⁰⁰

1961 Anayasası m.68/2 “*Aday olmak, memurluktan çekilme şartına bağlanmaz. Seçim güvenliği bakımından hangi memurların ne gibi şartlarla aday olabilecekleri kanunla düzenlenir.*” hükmüyle memurlar açısından gerek genel ve gerekse yerel seçimlerde aday olmayı istifa etme koşuluna bağlamayı da yasaklamıştır. Her ne kadar “hangi memurların” aday olabilecekleri ve adaylık şartlarının düzenlenmesini Yasakoyucuya bıraksa da, m.68/3’te yürüttükleri hizmetlerin özelliğini dikkate alarak hâkimler ile subay, askeri memur ve astsubaylar açısından aday olabileme ve seçilebilme şartı olarak çekilme zorunluluğunu doğrudan getirmiştir. Madde gerekçesinde seçimlerde aday olmanın memuriyetten çekilme şartına bağlanmasına getirilen yasak, “*... Parlamento hayatımızda Devlet hizmetlerinde edinilen tecrübelerin yer alabilmesini sağlamak*” amacıyla açıklanmıştır.¹⁰¹ Bununla birlikte, adaylık ve seçim sürecinde istisnalar hariç çekilme zorunluluğunun bulunmaması, bir yandan görevi devam edip kamu gücünü kullanmayı sürdüren memurun diğer yandan siyasi faaliyet yürütmesinin idarenin tarafsızlığı ilkesine gölge düşüreceği belirtilerek anayasal düzenleme eleştirilmiştir.¹⁰² Seçimlerde aday olan memurun çok yüksek bir oranda bir siyasi parti

⁹⁸ Turan GÜNEŞ’in konuşmasından aktaran GÜRAN, s. 198.

⁹⁹ ONAR, s. 1180.

¹⁰⁰ ÖZYÖRÜK, s. 163-164.

¹⁰¹ Aktaran, DÖNER, s. 751.

¹⁰² GÜRAN, s. 201-205.

listesinden aday gösterilmesi ile siyasi partiye üye olma yasağı da bir arada değerlendirildiğinde ortaya çıkan çelişki söz konusu eleştiriye haklılık payı vermektedir. Nitekim GÜRAN, seçimde çekilme zorunluluğu bulunan yargı¹⁰³ ve silahlı kuvvetler mensuplarının yürüttükleri görevin siyasetten bağışık olması gerekliliğinin, istisnai memurları da kapsar şekilde, örneğin emniyet müdürü, kaymakam gibi yönetim ve denetim görevi olan memurlar açısından öngörülmemesine de dikkat çekmektedir.¹⁰⁴

2. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası da idarenin tarafsızlığını sağlamak amacıyla memurun siyasi faaliyetle ilişkisini kesme yönünde düzenlemeler getirmiştir. Anayasa m.68/5 uyarınca “*Hakimler ve savcılar, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamazlar.*”. Bununla birlikte, 1961 Anayasasında olduğu gibi, diğer kamu görevlileri kategorisinde değerlendirilen yüksek öğretim elemanlarının siyasi partilere üye olmalarına cevaz verilmektedir; bu kamu görevlilerinin siyasi partilere üyelikleri kanunla düzenlenmektedir.

657 s. Kanun m.7’de “*Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.*” düzenlemesini getirmektedir. Bu düzenleme ile tarafsızlık yükümlülüğünü garanti almak amacıyla Anayasa m.68’e paralel olarak memurların siyasi partiye üye olmaları yasaklanmıştır. Ancak, DMK m.7 hükmü, sadece memurun bir siyasi partiye örgütsel bağlılığını yasaklamamakta, aynı zamanda memurun bir siyasi görüş, zümre tarafında partizanca uygulamalarına, yani tarafsızlık yükümlülüğüne aykırı davranışlarına da yasak getirmektedir.

1961 Anayasasına göre daha geniş bir kategoride kamu görevlisine kısıtlama getiren 1982 Anayasası, m.76/3 ile, “*Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Ku-*

¹⁰³ Her ne kadar 1961 Anayasası m.68/2 “yargı mensupları” değil, “hakimler” ifadesini kullansa da YSK 135 no.lu ve 23.08.1961 tarihli kararıyla, “*Hakimler Kanununun hakim ve savcılar hakkındaki hükümleri, Cumhuriyet savcılarının Anayasanın yargı bölümü içine alınmış bulunması ve hakimlerin adaylık ve seçilebilme şartlarını gösteren hükmün kanuna konuluş sebepleri göz önünde tutulduğu takdirde Cumhuriyet savcılarının da bu hükmün şümulü içinde bulunduğu kabulü gerekir.*” yorumuyla, aksi yönde bir değerlendirmenin kanun koyucunun maksadına aykırı olacağı yönünde hüküm kurmuştur. Aktaran, DÖNER, s. 753-754.

¹⁰⁴ GÜRAN, s. 201.

rule üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.” hükmü getirilmiştir.¹⁰⁵ 1961 Anayasası m.68 seçim güvenliğinin sağlanması amacıyla memurların adaylık şartlarının kanunla düzenleneceğini öngörmekteydi. Bu düzenlemeye paralel olarak çıkartılan 306 sayılı Seçim Kanunu¹⁰⁶ m.17 uyarınca memurların ancak kendi görevli buldukları yerlerden aday olmaları halinde istifa etmeleri gerekmektedir, 1982 Anayasası aday olabilmek için çekilmesi gereken kamu görevlilerini geniş bir liste olarak belirleyerek “yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” ifadesiyle Anayasa m.128’de öngörülen memurlar ve diğer kamu görevlileri yanında, DMK’da öngörülen sözleşmeli personel ve geçici personeli de kapsama dâhil etmiştir.

Milletvekili Seçim Kanununun¹⁰⁷ “Adaylık için görevden çekilmesi gerekenler” başlıklı m.18 hükmü ise, “*Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, aday olmak isteyen belediye başkanları ve su-baylar ile astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.” şeklindedir.*

¹⁰⁵ 1982 Anayasasının hazırlık aşamasında, Danışma Meclisi metninde, kamu hizmetinde görev alanların milletvekili adaylığı şartlarının düzenlenmesi kanuna bırakılmış, sadece hakimler ve silahlı kuvvetler mensuplarının görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları belirtilmiştir. Ancak Milli Güvenlik Konseyi tarafından madde değiştirilerek sadece hakimler ile silahlı kuvvetler mensupları değil, maddede sayılan bütün kamu görevlileri açısından görevden çekilme zorunluluğu getirilmiştir. Madde gerekçesinde de bu konuda bir açıklama yapılmayarak, “... *Danışma Meclisince kabul edilen maddenin son iki fıkrası birleştirilip kamu görevlileri bakımından daha kapsamlı bir düzenleme yapılmak suretiyle yalnız hakimlerle silahlı kuvvetler mensupları değil yeni düzenlemede gösterilen tüm kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri hükmü getirilmiştir.*” ifadeleriyle yetinilmiştir. Konu MGK’nın Anayasa Tasarısı üzerinde yaptığı görüşmelerde de tartışılmamıştır. Bu yüzden kapsamın hangi sebeplerle genişletildiği anlaşılacakla birlikte, “**1982 Anayasasının depolitizasyon mantığının bir ürünü**” olarak değerlendirilmiştir. GÜNER, s. 757, dpn. 47.

¹⁰⁶ RG, 30.05.1961, S. 10815.

¹⁰⁷ RG, 18.08.1983, S. 18076.

Buna göre, Milletvekili Seçim Kanunu m.18 ile, Anayasada öngörülme-yen RTÜK üyeleri, aday olmak isteyen belediye başkanları, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlara da çekilme zorunluluğu getirilmiştir ve böylece Anayasada getirilen kısıtlama daha da geniş bir kategoriye yayılmıştır.

Mahalli idareler seçimlerine ilişkin 2972 s. Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunda¹⁰⁸ kamu görevlilerinin aday olabilmek için görevlerinden çekilmek zorunda olduklarına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, m.17 uyarınca *“Milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarlar mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda değildirler.”* 2972 s. Kanun bağlamında mahalli idareler seçimlerini, belediye başkanı, belediye meclisi üyeliği ve il genel meclisi üyeliği ile köy ve mahalle muhtarlığı ve köy ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği seçimleri açısından iki ayrı kategoride değerlendirmek gerekmektedir.

2972 s. Kanun m.31/1 uyarınca, *“Köy muhtarlığı ve köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde adaylık usulü yoktur.”* Buna göre siyasi partilerin aday gösteremediği bu seçimlerde Yüksek Seçim Kurulu (YSK), *“2972 sayılı Kanunda muhtar, ihtiyar heyeti ve ihtiyar meclisi üyeliği seçiminde adaylık öngörülmediğinden muhtarlığa ve üyeliğe seçilenin seçimden önce çalıştığı kamu kuruluşundaki görevinden istifa etmiş olması gerekmez. Bir kamu kurumunda çalışmakta iken mahalle muhtarlığına ya da ihtiyar heyeti üyeliğine seçilen kişinin iki görevi birlikte yürütmesinin mümkün olup olmadığına karar verme yetkisi, ortada seçilme yeterliğine ilişkin bir durum bulunmadığından Yüksek Seçim Kuruluna değil, ilgili idari mercilere aittir”* şeklinde karar vermiştir.¹⁰⁹ Sonuç olarak, köy muhtarlığı, köy ihtiyar heyeti üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği için aday olan kamu görevlilerinin YSK kararları uyarınca görevlerinden çekilme zorunlulukları bulunmamaktadır.

¹⁰⁸ RG, 18.01.1984, S. 18285.

¹⁰⁹ Aktaran KAYA, *Kamu Görevlilerinin ...*, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_14.pdf (Erişim Tarihi: 25.07.2019) (YSK, Karar No: 36, KT. 10.2.1990, YSK Kararları, 1988-1989-1990 Yılları, Ankara, s. 297. Aynı yönde bkz. YSK, Karar No: 11, KT. 17.3.1990, YSK Kararları, 1988- 1989-1990 Yılları, Ankara, s. 309; YSK, Karar No: 262, KT. 14.8.1990, YSK Kararları, 1988-1989-1990 Yılları, Ankara, s. 357-358; YSK, Karar No: 290, KT. 5.9.1990, YSK Kararları, 1988-1989-1990 Yılları, Ankara, s. 364-365; YSK, Karar No: 232, KT. 1.7.1995, YSK Kararları, 1995-1996-1997 Yılları, Ankara 1999, s. 66-67).

Bununla birlikte, bu kategori dışında kalan belediye başkanlığı, belediye meclisi üyeliği, il genel meclisi üyeliğine seçimlerde adaylık usulü uygulanmaktadır. Bu konuda 2972 s. Kanunda kamu görevlilerinin aday olabilmek için görevlerinden çekilmeleri gerektiğine ilişkin bir hüküm de bulunmamakta, sadece m.17'de aday olabilmek için görevinden çekilmek zorunda olmayan -geniş anlamda- kamu görevlileri sayılmaktadır. Buna göre, "*Milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarlar mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda değildirler.*". YSK, bu istisnalar dışında kalan kamu görevlilerinin, siyasi parti il, ilçe yöneticilerinin, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları (subay ve astsubaylar) ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanların adaylığı konusunda 2972 sayılı Kanunu m.36. ile atıf yapılan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu m.18., m.19. ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu¹¹⁰ m.40. maddelerinin uygulayarak yorum yapmaktadır.

31 Mart 2019 Mahalli İdareler Seçimleri hakkında verdiği kararında, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununu "Adaylık için görevden çekilmesi gerekenler" başlıklı m.18 hükmüne dayanan YSK, 31 Mart 2019 tarihinde yapılacak mahalli idareler seçimlerinde aday olabilmek için Yükseköğretim Kurulu, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, kamu görevlileri, siyasi parti il, ilçe yöneticileri, Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları (subay ve astsubaylar) ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar, kamu bankaları ile üst birliklerin ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alanlar seçimin başlangıç tarihinden bir ay önce görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmaları gerektiği sonucuna varmıştır.¹¹¹

¹¹⁰ RG, 24.04.1983, S. 18027.

¹¹¹ YSK Karar No. 1036, 23.10.2018, RG, 26.10.2018, S. 30577. 2004 Mahalli İdareler Seçimleri ne adaylık hakkında aynı yönde verdiği karar için bkz. YSK Karar No. 1191, 13.12.2003, RG, 17.12.2003, S. 25319. Bu sonucunda 2018 tarihli kararından farklı olarak YSK, 1994 Mahalli İdareler Seçimlerine ilişkin olarak 2972 s. Kanunda 3958 s. Kanun ile yapılan değişiklik ile eklenen Geçici Madde 13 hükmünü dayanak almıştır. Bu hükmeye göre "*27 Mart 1994 tarihinde yapılacak mahalli idareler seçimlerinde, Hakimler ve Savcılar, Yüksek Yargı Organları mensupları, Yüksek Öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yüksek Öğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ile subaylar ve astsubaylar 30.1.1994 tarihine kadar görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.*" Ancak, Milletvekili Seçimi Kanunu m.18'de 8.04.2010 tarih ve 5980 s. Kanun ile değişiklik yapıldığı için, YSK'nın 1994 Mahalli idareler seçimlerine yönelik Geçici madde 13 hükmünü uygulamasına yer kalmamış, mahalli idare seçimlerinde aday olabilmek için görevinden çekilmek zorunda kalan kamu görevlisi kategorisi genişlemiştir.

Bu bağlamda, yine 2972 s. Kanun m.17’de sayılan istisnalar arasında bulunmadığından ve Milletvekili Seçimi Kanunu m.18’de sayıldığından görev yaptıkları yerden aday adayı olmak isteyen siyasi partilerin il, ilçe teşkilatlarının yönetim kurulu başkan ve üyelerinin de istifa etmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Seçimlerde aday olabilmek için görevden çekilmesi zorunlu tutulan kamu görevlisi kategorisinin son derece geniş olarak düzenlenmiş olması haklı olarak eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştiriler eşitlik ilkesine aykırılık ve kamu görevinde edinilen bilgi ve deneyimin seçimle iş başına gelen görevlerde kullanılmaması ve seçmenin nitelikli adaylar arasından seçimde bulunması imkânından yoksun bulunması konularında¹¹² yoğunlaşmaktadır:

Eşitlik ilkesi açısından, öncelikle yürütülen hizmetin niteliği ve görevinden dolayı seçim güvenliğini etkileme riski dikkate alınarak bir düzenleme yapılması yerine, neredeyse tüm kamu görevlilerinin çekilmek zorunda bırakılmalarının kamu görevlileri ve kamu görevlisi olmayan kişiler arasında ayrımcılığa yol açacağı belirtilmiştir. Kategorik ayrımcılığın ötesinde, kamu görevlisi olmayan adayların çekilmek zorunda kalmamaları ve dolayısıyla maddi bir kayba uğramamalarına da işaret edilmiştir.¹¹³ Buna mukabil, çekilmek zorunda kalan kamu görevlisi bu süreç boyunca ücretinden de mahrum kalmakta ve seçilememesi halinde görevine dönmesinde sıkıntılar ile karşılaşabilmektedir. Şöyle ki, her ne kadar Milletvekili Seçim Kanunu m.19 uyarınca, bu gerekçeyle çekilen kamu görevlisine seçimde başarılı olamaması halinde kamu görevine dönme hakkı tanınmışsa da, çekilme ile görevle irtibat kesildiği için kamu görevlisinin kadrosu boşalacaktır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gereğince bu boşalan kadrolar üzerinde idarenin tasarruf yetkisi bulunmaktadır ve seçimin sonucuna kadar bu kadroları boş tutma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle kamu görevlilerinin görevlerinin niteliği dikkate alınarak, aday olanların çekilme zorunluluğunda değişiklik yapılması ve önce ücretli izin haklarının, süre kafi gelmezse ücretsiz izin haklarının kullandırılması önerilmiştir.¹¹⁴

SONUÇ

Kamu görevlilerinin siyasi faaliyette bulunmalarının disiplinler ve hatta cezai sorumluluğa yol açması demokratik hukuk devletlerinde ölçülü olmayan bir

¹¹² Bkz. *Supra*.

¹¹³ ATAR, Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, *Anayasa Yargısı*, S. 23, Ankara, 2006, s. 226; DÖNER, s. 774.

¹¹⁴ ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2000, s. 180’den Aktaran, KAYA, “Kamu Görevlilerinin ...” http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/8_14.pdf (Erişim Tarihi: 25.07.2019).

önlemdir. Devletin, yurttaşlarının temel hak ve özgürlüklerini kötüye kullanacağı endişesi ile önceden yasaklaması yerine, bu hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması halinde yaptırıma bağlanması daha demokratik ve insan haklarına saygılı bir hukuk devleti ilkesine uygun olacaktır. Dolayısıyla kamu görevlisinin siyasi faaliyetlerinin engellenmesi yerine, bu faaliyetlerin kamu görevlisinin statüsü, yürüttüğü hizmet, siyasi faaliyetlerin hizmete sirayet edip etmediği ve siyasi faaliyetin ifasında kullanılan yöntem (ifadenin içeriği, dönemi vs.) dikkate alınmalı ve ihlal durumunda yaptırım uygulanmalıdır. Bu konuda farklı bir görüş, ülkemizin siyasi kültürü ve tarihi tecrübelerinden yola çıkarak, hiçbir hak ve özgürlüğün sınırsız olarak kullanılmadığı, demokratik toplum düzeninin gereklilikleri ve ölçülülük ilkesine uygun olarak kısıtlanabileceğini ve bu durumun da eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını belirtmektedir.¹¹⁵

Bu bağlamda kanaatimizce kamu görevlilerinin siyasi faaliyetleri açısından ifade özgürlüklerine yapılan müdahalelerin dar yorumlanması gerekmektedir. Şüphesiz kamu görevlileri de diğer yurttaşlar gibi siyasi hak ve özgürlüklerden yararlanmaktadırlar ve siyasi düşünce ve kanaatlere de sahip olacaklardır. Bunların ifadesinin kısıtlanmasında kamu görevlisinin statüsünün dikkate alınması gerekir. Örneğin siyasi memuriyetler olarak da ifade edilen yüksek memurlar, yargının tarafsızlığı açısından hâkim ve savcılar ve silah kullanma yetkisiyle beraber siyasi tarih tecrübeleri de dikkate alınarak ordu ve emniyet teşkilatı mensupları açısından daha geniş sınırlamalar getirilmesi kanaatimizce hukuka aykırı olmayacaktır. Ancak, tüm kamu görevlileri açısından, kamu hizmetlerinin tarafsızlığı ve eşitlik ilkesine zarar gelip gelmediği dikkate alınmaksızın siyasi faaliyet yasağı getirilmiş olması demokratik toplum düzeninde ölçülü olmayacaktır. Nitekim AİHM ve Türkiye yüksek yargısı da bu konularda her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedirler. Bu durumda baştan bir yasağı getirilmesi yerine, ihlal durumunda uygulanacak kurullarla tarafsızlık ilkesinin güvenliğinin sağlanması Anayasa ve kanunlara uygun işleyen bir hukuk sisteminde mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte, kamu görevlilerinin seçimlerde adaylıkları konusunda farklı bir yorumun mümkün olduğu kanaatindeyiz. 1961 Anayasasının getirdiği kamu görevlisi açısından özgürlük sistemi, kamu hizmetinden yararlananlar nezdinde idarenin tarafsızlığına inancın zedelenmesi tehlikesi taşımaktadır. Bu konuda belki de en önemli sakınca kamu gücünü idare adına kullanmakta olan memurların, sahip oldukları yetki ve olanakları seçim sürecinde kendi ikballeri doğrultusunda kullanabilmeleri olasılığıdır. Böylece, sadece idarenin ve dolaylı-

¹¹⁵ SANCAKDAR, s. 205-206.

sıyla kamu hizmetlerinin nesneliliği ilkesi tehdit altında kalmayacak, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz gereği niteliğindeki seçim güvenliği riski de söz konusu olabilecektir. Seçimlerde aday olunması ile seçim tarihi arasında geçen süre ve bu sürede aday olan kamu görevlilerinin kampanya çalışmaları yapacakları da dikkate alınınca kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi zarar görebilecektir. Ayrıca, genel olarak siyasi parti listelerinden adaylık söz konusu olduğundan, kamu görevlilerinin seçilememeleri halinde göreve dönmeleri durumunda adaylıkları ve kampanyaları süresince yürüttükleri faaliyetler kamuoyu nezdinde nesnellik ve tarafsızlık ilkelerine dair şüpheye yol açabilecektir. İdare edilenlerin kendilerini idare karşısında güvenli hissetmeleri de gerekmektedir. Bu nedenle, özellikle yargı, ordu, emniyet teşkilatı, mülki idari amirlikler gibi görevleri yürüten kamu görevlilerinin seçimlerde aday olabilmelerinin görevden çekilme şartına bağlanması gerekmektedir. Ancak, “teknik memur” da denilebilen alt ve orta kadrolardaki kamu görevlileri açısından, statüleri ve yürüttükleri hizmet dikkate alınmadan genel ve mutlak bir yasak getirilmesi de ölçüsüzdür.

Bu yöndeki düzenlemeler, özellikle ülkemizin siyasi kültürü ve tarihi tecrübeleriyle birlikte dikkate alındığında politik kadrolaşmanın önüne geçilmesi ve kamu görevlilerinin, dolayısıyla idarenin tarafsızlığını sağlamanın güvencesi olacaktır. Nitekim hukuk kuralları da bir toplumda kişiler arası ilişkileri ya da toplumu düzenlemeyi hedeflerken, yöneldiği toplumun sosyolojik gerçeklerini de dikkate almak durumundadır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu: 149. Yıl*, Danıştay Yay., No. 93, Ankara, s. 15-34.
- ATAR, Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, *Anayasa Yargısı*, S. 23, Ankara, 2006, s. 211-235.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, T. 1*, Montchrestien, Paris, 2000.
- CHAPUS, René, *Droit Administratif Général, T. 2*, Montchrestien, Paris, 2001.
- DONIER, Virginie, “Les lois du service public: entre tradition et modernité”, *RFDA*, Kasım-Aralık 2006, s. 1219-1235.
- DÖNER, Ayhan, “Geçmişten Günümüze Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, *AÜHF*, C. 58, S. 4, s. 737-776.
- DURAN, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF Yay. İstanbul, 1982.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, *İdare Hukuku*, Der Yay., İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku, C. I*, Ekin, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku, C. II*, Ekin, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, *İdare Hukuku C. I*, Turhan, Ankara, 2011.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2011.
- GÜRAN, Sait, “Anayasa’nın 128 ve 129’uncu Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu”, *AİD*, C. 17, Eylül 1984, S. 3 Ayrı Bası, s. 20-35.
- GÜRAN, Sait, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1980.
- KAYA, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü, 149. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Yay. No. 93, Ankara 2017, s. 35-58.
- KAYA, Cemil, “Kamu Görevlilerinin Seçime Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, *GÜHF*, C. VIII, Y. 2004, S. 1-2, s. 307-324.
- KESKİN, Züleyha, *Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi*, XII Levha, İstanbul, 2015.
- KILIÇ, İlker, “İki Hukuk Devleti, İki Devlet Teorisi- Mübadele Mantığı, Sermaye Mantığı”, *ÇÜHF Derg.*, C. 4, S. 1, Nisan 2019, s. 93-115.
- KONDYLIS, Vassilios, *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, L.G.D.J., Paris, 1994.
- MICHEL, Jérôme, “Les droits et obligations du fonctionnaires français”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu (Split Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi)*, C. 55, No. 1, 2018, s. 1-13.

- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, *Devlet Memurlarının Hürriyetleri*, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.
- SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu / SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışmalar*, Seçkin, Ankara, Eylül 2018.
- SANCAKDAR, Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin, Ankara,
- SANDER, Oral, *Siyasi Tarih, İlkçağlardan 1918'e*, İmge, Ankara, 1989.
- SOYSAL, Mümtaz, “İki Kavram; Özerklik ve Tarafsızlık”, *Mülkiye Dergisi*, C. XXIV, S. 221, 2000, s. 114-121.
- TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara, 2013, s. 361.
- TOLUNER, Sevil, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk*, İÜHF Yay., İstanbul, 1977.
- UZ, Abdullah, “Anayasal Bir Hak Olarak Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 59-94.
- WALINE, Marcel, “La liberté politique des Fonctionnaires”, *La Revue Administratif*, No. 61, Ocak-Şubat 1958, s. 5-8.