

KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI

Yasin SEZER*

GİRİŞ

Kamu hizmeti kavramı, idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının, kamu malı, kamu görevlisi ve idarenin sorumluluğu gibi idare hukukunun temel konularının belirlenmesinde ölçüt kavram olma özelliğini muhafaza etmesine rağmen; gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında henüz herkes tarafından kabul edilebilir bir tanımı yapılamamıştır.

Anayasa Mahkemesi, “kamu hizmetinin belirsizliği konusunda görüş birliği” olduğunu vurguladıktan sonra kavramı tanımlamaya çalışmıştır. Mahkemeye göre, “kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir¹”.

Kamu hizmetinin görülüş yöntemleri farklı farklı olabilmesine rağmen, hizmetin sunumunda bazı temel ilkelere uyulması gerekir Bunlardan süreklilik – düzenlilik, bedelsizlik, eşitlik, değişime uyum sağlama gibi özellikler klasik anlamda ön plana çıkmaktadır. Fakat, özellikle son zamanlarda küresel, yerel, ulusal bir takım gelişmelerle birlikte sadece kamu hizmetlerinde değil, kamu yönetiminin tamamında da bir takım yeni kavramların ve kavramsallaştırmaların yer aldığını görmek şaşırtıcı değildir. Bu kavramlardan “*şeffaflık*”, “*katılımcılık*”, “*hesap verilebilirlik*”, “*etkililik*”, “*hızlılık*”, “*etkenlik*” vb. kavramlar öne

* Yrd.Doç.Dr., Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

¹ AYM., 28.6.1995, E.1994/71, K.1995/23, R.G.,20 Mart 1996, S. 22586, s.48; Arıca bakınız,AYM., 9.12.1994, E.1994/43, K.1994/42-2, R.G.,24 Ocak 1995, S.22181, s.21.

Danıştay İdari İşler Kurulu, 3.10.1996,tarih ve E.96/79,K.96/83, DD.,S.93,s.36.

çıkılmaktadır.² Ayrıca, kamu hizmetlerinin klasik anlamda alıcısı olan “vatandaşlar” da yavaş yavaş “müşteri” davranışı göstermeye başlamışlardır. Tabii ki, bu gelişmeleri pozitif anlamda algılayıp müşteri tanımının kaliteyi, saygıyı ve diğer olumlu değerleri beraberinde getirdiğini iddia eden bir grup olduğu gibi, bunu olumsuz algılayıp kamu yönetiminin ve kamu hizmetlerinin krize girdiğini savunan görüş de mevcuttur³.

İdarenin varlık sebeplerinin en önemlilerinden biri de kamu hizmeti sunmaktır. Dolayısıyla, kamu hizmetinde yaşanan değişim sürecine paralel olarak da idarenin gerek kurumsal olarak ve gerekse hizmetin sunumunda istihdam ettiği personel yönünden kendisini yenilemesi, çağdaş gelişmelere ayak uydurması gerekir. “İyi İdare” nin tesisi için bu değişimin kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz. Diğer bir ifadeyle, idarenin üstlendiği görevleri başarıyla ve gereği gibi yerine getirebilmesi istihdam ettiği insanların hem nicelik, hem de nitelik yönünden yetenekli kişilerden oluşmasına bağlıdır.

İdarenin insan ögesi, “kamu görevlisi”, “kamu personeli” veya Anayasanın 128.maddesinde kullanıldığı üzere “Kamu hizmeti görevlileri” olarak ifade edilmektedir. Kamu görevlisi kavramı, geniş anlamda kamu kesiminde çalışan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm kamu görevlilerini içine almaktadır. Dar anlamda ise, idarenin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri kapsar⁴. Bunlar memurlar ve diğer kamu görevlileridir (1982 Anayasası, m.128). Memurların dışında kalan diğer kamu görevlileri arasında, hakim ve savcılar, askerler ve üniversite öğretim üyeleri sayılabilir. Devletin siyasal yapısını oluşturan görevliler ile özel hukuka tabi olan ve kamu kesiminde çalışan işçiler geniş anlamda kamu görevlisi olmalarına rağmen dar anlamda kamu görevlisi kabul edilmezler.

Türk pozitif hukukunda kamu görevliliğine giriş ve yükselmeye kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşanmaktadır.

Türk kamu yönetiminde görülen yozlaşmanın yansıması olarak kamu personeli alımlarında da ciddi bir şekilde kayırmacılığın yapıldığına şahit oluyoruz.

² Kamil Ufuk BİLGİN, “Kamu Yönetiminde Kaliteli Hizmet Anlayışı”, *Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu Bildirileri*, C.I, Ankara, 1995, s.172 – 190; Yasin SEZER -Naci KARKIN, “Kamu Yönetiminin Modernleşmesinde Şeffaflaşma Sorunu”, *Türk İdare Dergi*, Y.74, S.436, Ankara, 2002, s.227 – 246.

³ Kamu hizmetinde görülen bu değişim konusunda daha fazla bilgi için bkz: Naci Karkın, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Değişim Süreci: E-Devlet Uygulamaları Ve Denizli Belediyesi Örneği ” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi), Pamukkale Ü., Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2003.

⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 159.

Diğer bir ifade ile, kamu personel alım sistemine egemen olan “serbestlik, eşitlik ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması” ilkelerinin ihlal edilerek personel alımlarının yapıldığını görüyoruz. Son dönemde yapılmaya çalışılan kamu yönetimi iyileştirme reform çalışmaları çerçevesinde kamu personel alımına egemen olan ilkelerin yeniden tartışılması gereğini doğurmuştur.

Bu çalışmada, anayasal bir hak olan “kamu hizmetine girme hakkı” incelenecektir. Çalışma, üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, kamu hizmetine girme hakkının iç hukukta düzenleniş biçimi; ikinci bölümde, uluslar arası sözleşmelerde düzenlenişini inceleyeceğiz. Üçüncü bölümde ise, konu yine uluslar arası boyutta olmakla birlikte, Türkiye’nin AB’ye uyum sürecinde ayrı bir önem arz ettiği için kamu hizmetine girme hakkı AB hukuku açısından ele alınacaktır.

I. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKININ İÇ HUKUKTA DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Anayasamıza göre “herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” (m.48). Bir diğer anayasal ilke olan sosyal devlet ilkesinin gereği olarak Devlet “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır” (m.49). Buradan hareketle, kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüste kullanabileceği gibi kamuda da kullanabilirler. Anayasamız kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmeleri “kamu hizmetine girme hakkı” adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir.

A- Kamu hizmetine girme hakkı siyasal bir haktır

Anayasanın Siyasal Haklar ve Ödevler bölümünde düzenlenen 70. maddesine göre “her Türk, kamu hizmetine girme hakkına sahiptir”. Anayasanın bu hükmünden şu sonuçlar çıkarılabilir. Öncelikle, anayasa bu hakkı herkese tanıyarak kişiler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmasını emretmektedir. İkinci olarak, anayasanın bu hükmünün geniş yorumlanarak, kamu hizmetine girme hakkının, kamuda sadece memur statüsünde çalışma hakkını değil, geniş anlamda kamu görevlisi olarak çalışabilme hakkını düzenlediği kabul edilmelidir. Üçüncü olarak, anayasa bu hakkı siyasi hak ve ödevler boyutunda ele alarak vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılacak bir hak olarak düzenlemiştir⁵. Ancak

⁵ Emin MEMİŞ, “Mevzuatımızda ve Uygulamada Kamu Hizmetine Girme/Çekilme Hakları, Arşiv Araştırması ve Güvenlik Soruşturması Analizleri”, (tebliğ) (Kamu Personeli So-

hemen belirtmek gerekir ki, kamu hizmetine girmede Türk vatandaşlığı şartının aranmış olması, uygulamada duraksamalara neden olmaktadır. Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Türkiye'nin AB'ye katılım sürecinde bu sorun oldukça önem kazanacaktır.

Bu durumda iki önemli sorun karşımıza çıkıyor. Birinci, Türk vatandaşlığının yanında başka bir ülke vatandaşlığını sahip (çifte vatandaşlığa sahip kişiler) olan Türklerin durumu; ikinci ise, Türk vatandaşı olmayan kişilerin (yabancılar) Türkiye'de çalışabilmesi sorunudur.

Çifte vatandaşlık durumu doğum yoluyla vatandaşlığın kazanılması hallerinde ortaya çıkabileceği gibi vatandaşlığın sonradan kazanılması hallerinde de ortaya çıkabilecek bir durumdur. Örneğin doğumla Türk vatandaşlığını kazanan bir kadının yabancı bir erkekle evlenerek kocasının vatandaşlığını kazanması halinde ya da kişinin kendi iradesiyle başka bir devlet vatandaşlığını elde etmesi gibi. Türk Vatandaşlığı Kanununa (TVK) göre, bir kişinin Türk vatandaşlığının yanında kendi iradesiyle⁶ başka bir devlet vatandaşlığını elde etmesini cezai bir yaptırım olarak vatandaşlığı kaybettirme sebebi saymıştır(m.25). Ancak, çifte vatandaşlığın uluslararası vatandaşlık hukukunda gittikçe kuvvetlenmesi, şahsın ilk (menşe) vatandaşlığını muhafaza arzusunun makul karşılanması gerektiği anlayışına paralel olarak Türk hukuk düzeninde de çifte vatandaşlığa müsaade edilmektedir. Kişinin, izinli olarak başka bir ülke vatandaşlığını (çifte vatandaşlık) kazanması kanununun 22.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "başka bir devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen kişiye Bakanlar Kurulunca tespit edilen esaslara uygun olarak İçişleri Bakanlığınca izin belgesi verilir. İzin belgesi üç yıl için verilir". Bu yolla yabancı bir devlet vatandaşlığını da kazanan Türk vatandaşları Türkiye bakımından Türk vatandaşı sayılırlar⁷. Görüldüğü üzere, Türk pozitif hukukunda çifte vatandaşlığı yasaklayan bir hüküm bulunmamakta⁸; aksine, çifte vatandaşlığın kazanılmasına –yasadaki kurallara uymak şartıyla– imkan tanınmaktadır.

Yetkili makamın izniyle ya da kanunun müsaade ettiği diğer durumlarda çifte vatandaşlığı elde eden kişi, Türk vatandaşlığını muhafaza ettiğinden Türk vatandaşlarının sahip haklarından yararlanmaya devam edecektir⁹. Dolayısıyla, bu kişiler kamu hizmetine girme hakkına ve dolayısıyla kamu görevlisi olma

runları) İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4-5 Nisan 2003. s.2.

⁶ Rona AYBAY, *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, İstanbul, 1991, s. 105.

⁷ Ergin NOMER, *Vatandaşlık Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s.105.

⁸ Erdal ONAR-Bilgin TİRYAKİOĞLU, "1982 Anayasasında Milletvekilliği vatandaşlık ilişkisi (Merve Safa Kavakçı Olayı)" *Prof.Dr. Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, s.594.

⁹ *ibid*, s.565.

hakkına da sahiptirler. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, kamu görevliliği kavramı geniş yorumlandığında devletin siyasal kurumlarında görev yapan kişiler de -örneğin, cumhurbaşkanı, Başbakan, milletvekili- kamu görevlisi sayılmaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı olmaları sorun yaratmaktadır¹⁰. Öğretide, aynı zamanda yabancı bir devlet vatandaşı da olsa, Türk vatandaşı olan bir kişinin, vatandaşlık bağına bağlı olan tüm haklardan, bu arada seçme ve seçilme hakkından da yararlanabileceği belirtilmektedir¹¹ ki, biz de aynı kanaatteyiz. Danıştay, bir Türk'ün, işçi olarak bulunduğu Almanya'da Türk vatandaşlığının yanında Alman vatandaşlığını kazanması üzerine Türkiye'de devlet memurluğuna alınmamasına ilişkin işleme karşı açılan davada "çifte tabiiyetin Devlet memurluğuna engel bir neden sayılamayacağı ve yabancı bir devlet vatandaşlığına geçmek için başvuruda bulunmanın Devlete sadakat veya bağlılıkla bağdaşmayan ya da Devlet itibarını kıran eylem olarak nitelendirilemeyeceği¹²"ne karar vermiştir.

B- Yabancılar, milletlerarası hukuka ve kanuna uygun olarak bu haktan yararlanabilir

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa kamu hizmetine girme hakkını Türk vatandaşlığına bağlı olarak kullanılacak siyasal bir hak olarak öngördüğü için kural olarak bu haktan sadece Türk vatandaşları yararlanabilecektir. Anayasanın bu hükmü karşısında acaba Türk vatandaşlığına sahip olmayan (yabancılar) kişilerin bu haktan yararlanması mümkün müdür? Bu soruya Anayasanın 16.maddesi çerçevesinde, anayasada düzenlenen "temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla" düzenleneceği cevabı verilebilir. Diğer bir ifadeyle, anayasa, bu sorunun Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler ve kanunla düzenleneceğini öngörmektedir.

Konunun uluslar arası sözleşmelerde düzenleniş biçim ileride incelenecektir. Fakat, ilgili kanunlara baktığımızda farklı düzenlemelerin yapıldığını görüyoruz. Devlet Memurları Kanunu (DMK), devlet memurluğuna alınacak kişilerin "Türk Vatandaşı" olması koşulunu aramıştır(m.48). Kanunun 48.maddesinde sayılan şartlar genel şartlar olup, diğer özel şartların yanında tüm memurlar için geçerlidir.

Diğer kanunlarda ise, Türk vatandaşı olmadığı halde bazı kişilere Türkiye'de bazı görevlerde çalışma izninin verildiğini görüyoruz. Bu konuda birden

¹⁰ Yakın zamanda yaşanan Merve Kavakçı olayı çifte vatandaşlık sorunundan çıkmıştır.

¹¹ Kemal GÖZLER, "Vatandaşlık ve Milletvekilliği" *Liberal Düşünce*, C.4, S.16, Güz 1999, s.90.

¹² Danıştay 5.D., E.1987/1804, K.1989/1655, *Danıştay Dergisi*, S.78-79, s.228.

fazla kanun¹³ bulunmakla birlikte biz örnek olması açısından ikisine değineceğiz. 27.6.1989 tarih ve 375 sayılı KHK'nin geçici 5.maddesi ile "Bulgaristan'dan Türkiye'ye mecburi göç eden Türk soyundan olanlarda, DMK'nın 48.maddesi çerçevesinde atama yapılırken Türk vatandaşı olma şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Yine 2527 sayılı, Türk Soylu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş Veya İşyerlerinde Çalıştırılabilmelerine İlişkin Kanunla Türkiye'de ikamet eden Türk soylu yabancıların ihtiyaç duyulan meslek ve sanatları serbestçe yapabilmelerine, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Güvenlik Teşkilatı hariç olmak üzere kamu, özel kuruluş veya işyerlerinde bu meslek ve sanat dallarında çalıştırılabilmelerine olanak sağlamıştır(m.1). Bu kişilere Bakanlar Kurulunca tespit edilecek usul ve esaslar çerçevesinde, Dışişleri ve ilgili bakanlıkların görüşleri alınarak İçişleri Bakanlığınca süreli olarak izin verilebilir(m.3). Ancak, kanunun bu kişilere uygulanmayacak hükümler kenar başlıklı 7.maddesinin 2.fıkrasında "bunlar siyasi haklardan yararlanamazlar", hükmü düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkının Anayasa'da siyasi haklar bölümünde düzenlendiği göz önüne alındığında, kanunun bu hükmü nasıl yorumlanmalıdır? Öğreti de, yasal düzenlemelerle yasaklanmayan konularda, özellikle uzmanlık gerektiren konularda kamu hizmetine girmelerinde bir sakınca olmadığı belirtilse de¹⁴, kanaatimizce, kanunun bu hükmü kamu görevlileri kavramına yüklenecek anlama göre farklı şekilde yorumlamak gerekir. Çalışmanın giriş bölümünde de belirtildiği üzere, kamu görevlisi kavramı geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlisi, kamu kesiminde görev yapan, hukuksal durumları birbirinden farklı olan tüm kamu görevlilerini içine alır. Dar anlamda kamu görevlisi ise, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli olduğu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli kamu görevlisi olan memurlar ve diğer kamu görevlileridir. Bu durumda, kanun kapsamına giren kişilerin dar anlamda kamu görevlileri kabul edilemeyecekleri; belki bunların, kamu kesiminde çalışan, memurlar ve diğer kamu görevlileri kapsamına girmeyen kişiler olarak kabul etmek daha isabetli olacaktır. Yine bu kanun kapsamına giren kişilerin devletin siyasal yapısını oluşturan görevlerde de görev almaları mümkün değildir.

Sonuç olarak, Türk vatandaşı olmayan kişilerin Türkiye'de kamu hizmetine

¹³ Bu kanunlar arasında şunlar sayılabilir: 6224 sayılı "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu", 6086 sayılı "Turizm Endüstrisini Teşvik Kanunu", 3293 sayılı "Sınai Müesseselerle Sığortacı Şirketlerinde Kullanılan Ecnebilere Mukabil Türk Memur ve Mühendis Yetiştirilmesi Hakkında Kanun" ve 6326 sayılı "Petrol Kanunu". Yabancı uyruklu kişilerin Türk vatandaşlarına tahsis edilen bir meslek veya sanat dalında çalışabilmeleri konusunda bkz: Ünal NARMANLIOĞLU, *İş Hukuk Ferdi İş İlişkileri I*, Barış yayınları, Ankara, 1994, s.150; Haluk Hadi SÜMER, *İş Hukuku*, Mimoza yayınları, Konya, 2002, s.49.

¹⁴ Nur Kaman KARAN, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.49.

girme hakkından yararlanabilmeleri Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve özel kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Diğer bir ifade ile, bu kişiler, kanunun müsaade durumlarda Türkiye'de kamu görevlisi olarak çalışma hakkına sahip olacaklardır. Konunun uluslar arası sözleşmelerde düzenleniş biçimi ileride ayrıca incelenecektir.

C- Kamu hizmetine girmede herkes fırsat eşitliğine sahiptir

Anayasanın 70.maddesinin 2.fikrasında “hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” düzenlemiştir. Anayasa da “görevin gerektirdiği niteliklerin¹⁵” neler olduğu açıklanmamıştır. Ancak anayasanın bu hükmü Devlet Memurları Kanununun (DMK) “ilkeler” kenar başlıklı 3.maddesiyle birlikte yorumlandığında “görevin gerektirdiği nitelikler” deyiimi daha kolay anlaşılacaktır. DMK’ göre, “...devlet kamu hizmeti görevlilerini ve bu görevlerde çalışan memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırır. Devlet, kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşik imkanlarla uygulamak” durumundadır (DMK, m.3). Kanunun bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu, liyakat ilkesini kamu personel rejiminin her aşamasına hakim kılmayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifade ile, kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde kamu görevlerine memur alırken herkese aday olabilme serbestisinin sağlanması gerekli olmakla birlikte, görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında da fırsat eşitliğinin sağlanması gerekir¹⁶. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Anayasa mahkemesi, (1961 anayasası döneminde) verdiği bir kararda “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramını şöyle açıklamıştır: “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın 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. Kamu hizmetlerinin özellikleri olduğu ve bu hizmetleri gören idare ajanlarının da özel statülere bağlı bulunduğu bilinen bir gerçektir. Memurlarda yasalarca aranan nitelikler ve onlar hakkında

¹⁵ Anayasanın 128.maddesinin gerekçesinde “...kamu hizmeti görevlilerinin hizmete alınmalarında yetenek ve liyakat ilkelerine uyulması zorunlu..” belirtilmiştir.

¹⁶ MEMİŞ, s.4.

yasalarda öngörülen kısıtlamalar kamu hizmetinin etkin ve esenlikli bir biçimde yürütülmesi amacına yöneliktir”¹⁷.

Danıştay ise, “görevin gereklerinden başka hiçbir ayırım gözetilemez” ilkesini şöyle yorumlamıştır: “Kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında her hangi bir ayırım yapılmamıştır ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmak bu haktan yararlanmak için yeterlidir. Görevin gerektirdiği nitelikler, öğrenim düzeyi, yaş, askerlik hizmeti veya yükümlülük durumu ile genel ve objektif veya özellik arz eden hizmet grupları için de o hizmetin gerektirdiği özel nitelikler olabilir”¹⁸.

“Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği” ilkesi öğretide, “memurun, memurluğun aradığı yani, anayasanın lafına ve ruhuna ve Türk Personel yönetimi esaslarına göre aranması mümkün olan ‘genel’ şartları, nitelikleri ve gireceği, bulunduğu veya yükseleceği ‘belli’ görevin aradığı nitelikleri taşımasıdır. Liyakate sahip olmasıdır”¹⁹”, şeklinde yorumlanmıştır. Tabii ki, bunların neler olacağı, her görevin özelliklerine, sosyo-ekonomik koşullara göre değişebilecektir. Ancak, dikkat edilmesi gereken nokta, aranacak farklı niteliklerin saptanmasında ‘objektif’ yaklaşımın benimsenmesi; bu objektif niteliklere uyan ve uymayan memurların belirlenmesinde de ‘eşitlik’ ilkesine mutlaka gerçekleştirilmesi gerekir.

Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70.maddeye baktığımızda, sadece “görevin gerektirdiği niteliklerden” bahsedilmektedir. Bunun dışında başka bir sınırlama sebebi öngörülmemektedir. Buradan şu sonuç çıkarılabilir: idare kamu personeli alırken sadece “görevin gerektirdiği nitelikler”, diğer bir ifadeyle liyakat şartını esas alacaktır. Bunun dışındaki sebeplerle kişinin kamu hizmetine girmesi önlenemeyecektir. Ancak bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle “aynı durumda olan herkese uygulanmak²⁰” şartıyla her bir meslek için genel ve objektif koşulların öngörülmesine engel değildir.

¹⁷ AYM, 9.10.1979, E.1979/19, K.1979/39, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S.17, s.299’dan naklen KARAN, s.22; AYM, 4.4.1991, E.1990/12, K.1991/7, RG.,13.8.1991, S.20959.

¹⁸ Danıştay 5.D., E.1987/2417, K. 1988/1286, *Danıştay Dergisi*, S.74-75, s.302, KARAN, s.23.

¹⁹ Sait GÜRAN, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, İstanbul, 1980, s.188.

²⁰ AYM., 21.5.1998 tarih, E.1997/29, K.1998/19, www.anayasa.gov.tr/kararlar (25.5.2003); AYM., 21.6.1989 tarih, E. 1988/34, K.1989/26, Pertev BİLGİN, *İdare Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996, s.201.

D- Kamu hizmetine girmede liyakat esastır

Liyakat ilkesi, kamu personel sisteminin, “herkesin hizmete giriş ve yükselmesinde, yetenek ve başarının belirleyici bir unsur olarak kabul edildiği, hizmet koşullarının ve ödülllerinin, hizmetin düzeyine ve sürekliliğine katkıda bulunacak şekilde düzenlenmesi” olarak tanımlanabilir²¹. Devlet Memurları Kanunu da, liyakat ilkesini “devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmak”(m.3)şeklinde tanımlamıştır²².

Bu düzenin karşısında yer alan kayırmacılık (Spoil System) ya da ganimet düzeni ise, kamu görevine girişte ve meslek içinde ilerlemede siyasal eğilimler ve partiye yaptıkları hizmetler dikkate alınır. Kayırmacılık sisteminin iki temel unsuru vardır. Bunlardan birincisi²³, kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesidir. Diğer ise, siyasi atamalardır. Kayırma sisteminin tarihsel gelişiminde ilk örnek olarak verilen ABD’de kamu görevlilerinin atanmasının temeli bu esasa dayanır²⁴. ABD’de 1883 yılına kadar başkan, kendi taraftarıyla birlikte gelir ve yine kendi ekibiyle birlikte giderdi. Ancak, 1883 tarihli Civil Service Act (Pendleton Act) ile ganimet sistemi sınırlandırılmıştır. Kamu görevlilerinin iktidarla birlikte değişmesini savunulara göre, “seçimden başarılı çıkan siyasal parti, iktidarla birlikte yandaşlarıyla birlikte gelmeli ve onlarla birlikte gitmelidir...özellikle yüksek yöneticiler, bir siyasi partiye mensup oldukları zaman, o parti iktidara gelip de uygulayacağı politikalar yasama organından güven alınca,...daha canla başla çalışır, o politikanın başarısı için ellerinden geleni yaparlar, ödevlerini gereğinden fazla fedakarlık gösterirler²⁵”. Bu görüşün zaman zaman ülkemizde de istisnai memur atamalarında ileri sürüldüğü görülmektedir.

Liyakat sisteminin dayandığı esaslar şöyle sıralanabilir;

-
- ²¹ Burhan AYTAÇ, “Personel Yönetiminde Yeterlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.23, S.4, 1990, s.96.
- ²² Danıştay 5.D., 27.5.1997, E.1996/1272, K.1997/1118, *Danıştay Dergisi*, S.94, 1998, s.353.
- ²³ Abdülkadir TÜRKAN, “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Yeri” (yayınlanmamış) Başbakanlık Uzmanlık Tezi, Ankara, 2000, s.9-10.
- ²⁴ Johnson RONALD N. and Libecap GARY D., “Patronage to Merit and Control of the Federal Government Labor Force”, *Exploration in Economic History*, Volume 31, Issue 1, January 1994, p. 91 -119.
- ²⁵ GÜRAN, s.87. Çeşitli ülkelerdeki siyasi atamalar için bkz: TÜRKAN, s.12-21

- Kamu görevine girme bir vatandaşlık hakkıdır. Dolayısıyla, kamu görevlisi alımında temel yaklaşım, toplumun tüm kesimlerinin kamu yönetiminde temsilini sağlayan bir yöntem olmalıdır²⁶.

- Kamu görevlisi alırken ve hizmet içinde yükselmeye açık yarışma sınavları esas olmalıdır. Adayların serbest ve ayırım gözetilmeksizin fırsat eşitliği ilkesine uygun olarak katılımlarının sağlanması gerekir²⁷. Tabii ki, yapılacak sınavlar, objektif değerlendirme ölçütlerine dayanmalıdır. Diğer bir ifade ile, objektif kurallar çerçevesinde işin ehline, hak edene verilerek kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekir²⁸.

- Liyakat ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için, işe en uygun adayın alınması yeterli değildir. Nitelikli kişinin kamuda kalmasını sağlamak için,²⁹ kariyerlerine paralel olarak mali ve sosyal imkanlarının artacağı bir meslek olarak görülmelidirler.

- Nitelikli kamu görevlisi bulmak ve bunları memurluk mesleğinde tutabilmek için ulusal ve yerel ölçekler dikkate alınarak (eşit işe-eşit ücret/equal pay for equal work) ödenmeli ve verilen ücret kişileri memurluğa özendirici ve teşvik edici olmalıdır³⁰.

- Kamu hizmetlerinde çalışan kamu görevlileri etkin ve verimli bir biçimde kullanılmalı, bunların görevde kalmaları başarılarına ve yeteneklerine göre saptanmalı, belli standarda ulaşamayan kişinin görevine son verilmeli ve kamu görevlilerinin eğitimine ve öğrenimine önem verilmelidir³¹.

II. KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKININ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

İnsanların yaşamlarını devam ettirebilmeleri, anayasanın ifadesiyle maddi ve manevi varlıklarını sürdürebilmeleri için gerekli olan çalışma hakkı iç hukukumuzun yanında uluslararası hukukta da düzenlenmiştir. Çalışmanın bu bölümünde, kamu hizmetine girme hakkı Uluslar arası hukukun yürürlük kaynaklarından olan uluslararası sözleşmeler açısından incelenecektir. Hemen belirtelim ki, bu sözleşmelerin bazıları henüz Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Dolayısıyla,

²⁶ MEMİŞ, s.4.

²⁷ AYKAÇ, s.97.

²⁸ Danıştay 5.D., E.1996/1272, K.1997/1118, *Danıştay Dergisi*, S.94, 1998, s.353.

²⁹ Mustafa Lütfi ŞEN, "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması" *Amme İdaresi Dergisi*, C.28, S.1, 1995, s.81.

³⁰ İsmet GİRİTLİ-Pertev BİLGİN- Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der yayınları, İstanbul, 2001, s.389.

³¹ Hazma AL, *Bilgi toplumu ve Kamu Yönetiminde Paradigma Değişimi*, Bilimadamı Yayınları, Ankara, 2002, s.243.

Türkiye açısından bağlayıcı değildir. Ancak, karşılaştırmalı hukuk açısından yararlı olacağı düşüncesiyle çalışmada Türkiye tarafından onaylanmayan sözleşmelere de değinilecektir³².

İnsan hakları alanında, uluslararası ilk düzenleme olması itibariyle ayrı bir öneme sahip olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne³³ "herkes, ülkesinin kamu hizmetlerine eşit olarak girme hakkına sahiptir"(m.21/2). Görüldüğü üzere, bildirge konuyu kişisel ve siyasal hak bağlamında ele almış; yine "herkes" sözcüğünü kullanarak insanların vatandaşı olduğu ülkede eşit bir biçimde bu hakka sahip olduğunu düzenlemiştir.

İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi'nde kamu hizmetine girme hakkına yer verilmemiştir. Sözleşmede kasıtlı olarak bu yer verilmediği belirtilmektedir³⁴. Sözleşmeyi uygulamakla yükümlü olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da Sözleşme ve Ek Protokollerinde böyle bir hakkın düzenlenmediği belirtilmiştir. Hatta mahkeme, Kosiek³⁵ kararında Alman hükümetinin "imzacı devletlerin kasıtlı olarak bu hakkı tanımadığı yönündeki savunması yerinde bulmuştur. Fakat mahkeme, Vogt kararı³⁶ ile kamu hizmetine girme hakkını tanımasa da devlet memurlarının düşünce ve örgütlenme özgürlüklerine farklı bir boyut getirerek, devlet memurluğunun sona erdirilmesini zorlaştırmıştır.

Birleşmiş Milletler Her Çeşit Irk ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin(21 Aralık 1965)³⁷ 5.maddesinde, taraf devletlerin ırk ayrımcılığını her biçimiyle yasaklamayı ve kaldırmayı, herkes için yasa önünde eşitlik sağlamayı ve...."siyasal haklar, özellikle genel ve eşit oy temeli üzerinde seçimlere katılma, seçme ve seçilme hakkı ve her türlü düzeydeki kamu yönetiminde ve hükümette görev alma ve eşit koşullarda kamu hizmetine girme hakkı"nı güvence altına almayı taahhüt ettikleri düzenlenmiştir.

³² Kişilerin çalışma hakkına ilişkin pek çok uluslararası sözleşme yapılmıştır. Çalışma hakkına ilişkin sözleşmelerin tamamının incelenmesi bu çalışmanın boyutlarını ve amacını aşmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeler arasında seçim yapılarak bazılarına değinilecektir.

³³ Bildirge metni için bkz: Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (HAK-İŞ), *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, (Ed: Coşkun Can Aktan), Ankara, 2000, s.157.

³⁴ MEMİŞ, s.7; Durmuş TEZCAN- Mustafa Ruhan ERDEM- Oğuz SANCAKTAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İzmir, 2002, s.233.

³⁵ Kosiek/Almanya, 28.8.1986, A 105; KARAN, s.20.

³⁶ J.Daniel KRISCH, "Vogt v. Germany: The European Court of Human Rights Expands the Scope of Articles 10 and 11 of the European Convention on Human Rights to Include the Political Activities of Civil Servants"*Connecticut Journal of International Law*, Summer 1999'den naklen KARAN, 20; Oğuz SANCAKTAR, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinde Çıkarma ve Yargısal Denetimi* Ankara, 1002, s.211.

³⁷ HAK-İŞ, s.280.

Kişilerin çalışma haklarını yakından ilgilendiren uluslar arası sözleşmelerden biri de Avrupa Konseyi üyesi devletleri 18 ekim 1961 'de imzaladığı ve Türkiye'nin de onayladığı Avrupa Sosyal Şartıdır. Sözleşmeye göre, imzacı devletler ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek “herkesin özgürce edinebildiği bir işle yaşamını sağlama” (Bölüm I, m.1) hakkını etkin biçimde gerçekleştirebileceği şartlara ulaşmayı politikalarının amacı sayacaktır. Yine “her hangi bir sözleşmeci tarafın vatandaşları, inandırıcı, ekonomik veya sosyal nedenlere dayalı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla, diğer bir sözleşmeci taraf ülkesinde, o ülke vatandaşları ile eşit koşullar altında kazanç getirici her hangi bir merkezi işte çalışma hakkına sahiptir”(Bölüm I, m.18). Sözleşmenin ikinci bölümünün 1.maddesinde, çalışma hakkı ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “sözleşmeci taraflar çalışma hakkının etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere.....çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkin biçimde korumayı...yükümlenirler” (m.1/2). Sözleşme bazı durumlarda bu hakka kısıtlama veya sınırlama getirebilecektir. Buna göre, sözleşmeci devletler “demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar” (bölüm V, m.31) getirebilecektir.

Milletlerarası Çalışma Örgütü tarafından 25 Haziran 1958 yılında kabul olunan ve Türkiye'nin 1967 yılında onayladığı İş ve Meslek yönünden Ayrım Hakkında 111 Sayılı ILO Sözleşmesi'yle³⁸ imzacı devletler “ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla, bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayrımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş ve meslek edinmede ve edinilen iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya mesleğe tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi taahhüt” etmiştir(m.2).

Kişilerin kamu hizmetine girme hakkı konusunda üzerinde durulması gereken uluslararası sözleşmelerden bir diğeri Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin uluslar arası Sözleşme'dir (16 Aralık 1966). Bu sözleşme Türkiye tarafından 14.8.2000 tarihinde imzalanmıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında ilan edilen ilkeler uyarınca insanlık ailesinin tüm üyelerinin özünde mevcut olan onurunu ve eşit ve devredilemez haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu göz önünde tutarak bazı temel ilkeler üzerinde anlaşmıştır. Bu ilkelerden biri de her devletin “kendi ülkesinde bulunan ve kendi yetkisine tabi herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayırım yapmaksızın” (m.2), her yurttaşına “genel eşitlik şartları içinde, ülkesinin kamu hizmetlerine girme hakkı imkanı (m.25) tanınmasıdır. Acaba devletler bu hakkı her hangi bir sınırlama getirebilecek midir? Sözleşmenin 25.maddesinde “makul kısıt-

³⁸ HAK-İş, s.243.

lamalardan” bahsediliyor. Ancak bunların ne olduğu açıklanmamıştır.

Sonuç olarak, uluslararası sözleşmeler, kamu hizmetine girme hakkını kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirerek yaşamını sürdürmesi için gerekli olan çalışma hakkının gereği olarak görmektedir. Sözleşmeler ayrıca, kamu hizmetine girmede vatandaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasını; kişiler arasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayırım yapılmamasını öngörmektedirler. Ancak, devletler, bireylerin bu hakkına, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar getirebilirler. Tabii ki, sınırlama sebeplerinin, makul ve inandırıcı olmalıdır.

III. Kamu Hizmetine Girme Hakkının AB Hukukunda Düzenleniş Biçimi

Avrupa Topluluğunu kuran Antlaşmalar, topluluğa üye devletler arasında malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbest dolaşımını güvence altına almayı hedeflemiştir. Bu bağlamda işçilerin serbest dolaşım hakkından yararlanabilmesi için üye devletlerden birisinin vatandaşı olması gerekir. Dolayısıyla kişilerin AB hukuku çerçevesinde kamu hizmetine girme haklarının tespiti noktasında AB hukukunda vatandaşlık kavramının tespiti yararlı olacaktır.

A- Avrupa vatandaşlığı

7 şubat 1992 tarihinde, Maastricht’de imzalanan ve Kasım 1993’de yürürlüğe giren Avrupa Birliği Hakkında Antlaşmasının³⁹ (ABA) getirdiği yeniliklerden biri de “Avrupa vatandaşlığı”dır. Avrupa vatandaşlığının tesisindeki amacın, Avrupa kamuoyu ve Avrupa kimliğinin gelişmesini sağlayarak AB organları ile vatandaşlar arasındaki bağı güçlendirmek, Birliğin entegrasyon sürecine vatandaşların önemli oranda katkısını sağlayarak, Avrupa kültürünü güçlendirmek ve birleştirmek olduğu belirtilmektedir⁴⁰.

Avrupa vatandaşı olmanın şartları ve Avrupa vatandaşlığının hakları ve yü-

³⁹ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Official Journal C 325 of 24 December 2002, www.europa.eu.int/eur-lex (2.6.2003).

⁴⁰ Stefania PANEBIANCO, *European Citizenship and European Identity: From the Treaty of Maastricht to Public Opinion Attitudes*, European Union Jean Monnet Chair Chair Jean Monnet working Papers Series, 1996, p.2; Muhammet KÖSECİK, “AB’nin Bütünleşmesi Sürecinde Yerel Yönetimler”, *Avrupa Birliği ile Bütünleşme sürecinde Türkiye’de Yerel Yönetimler*, (Ed: Bekir Parlak-Hüseyin Özgür), Alf yayınları, Bursa, 2002, s.24.

kümlülükleri, ABA'nın 2.kısımında 17-22. (eski m.8) maddelerinde düzenlenmiştir. Antlaşmaya göre Avrupa vatandaşı olmak için AB üyesi devletlerden birisinin vatandaşı olmak gerekli ve yeterlidir. Avrupa vatandaşı olmak için başka bir şarta ihtiyaç yoktur. Avrupa vatandaşlığı tamamlayıcı niteliklidir, milli vatandaşlığın yerine geçemez (m.17/1). Bu durumda AB üyesi vatandaşlar birisi ulusal vatandaşlığı, diğeri de Avrupa vatandaşlığı olmak üzere iki ayrı vatandaşlığı sahip olacaktır. Antlaşmayla tesis edilen Avrupa vatandaşlığı, aynı zamanda sorumlulukları da gerektirir. Avrupa vatandaşlığının kişilere sağladığı haklar şunlardır:

-Üye ülkeler arasında serbestçe dolaşma ve üye ülkelerden birine yerleşme hakkı⁴¹ (m.18/1),

- Bir başka üye ülkede yaşayan kişilere, yerel seçimlerde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde, ev sahibi ülke vatandaşları ile aynı şartlarda aday olma ve oy kullanma hakkı (m.19/1),

- AB üyesi üçüncü bir ülkede yaşayan kişinin, kendi ülkesinin diplomatik temsilcisi yoksa, o ülkede temsil edilen diğeri bir üye ülkenin diplomatik veya konsolosluk korunmasından ilgili ülke vatandaşlarıyla aynı şekilde yararlanma hakkı (m.20),

- Avrupa parlamentosu'na (m.21/1) ve Avrupa Ombudsman'ına başvurma (m.21/2) hakkı.

AB'yi kuran anlaşmalar, birliğe üye ülkeler arasında kurulması amaçlanan ortak pazar, malların ve hizmetlerin yanında, üretim faktörlerinin de serbest dolaşımını da sağlama çalışmıştır. Böylece, Avrupa halkları arasında çok daha yakın bir iş birliği gerçekleştirilerek ekonomik entegrasyonla birlikte siyasal birliğin kurulmasının amaçlandığı belirtilmektedir⁴².

B- Serbest dolaşım hakkının kapsamı

Topluluk üyesi ülkeler arasında işçilerin serbest dolaşımına ilişkin temel düzenleme, ABA'nın 39,40 ve 41 maddeleridir. Buna göre;

* topluluk içinde işçilerin serbest dolaşma hakkı güvence altına alınacaktır (m.39/1),

* serbest dolaşım hakkı, iş, ücret ve işin diğeri şartlarıyla ilgili konularda üye

⁴¹ Öğretide, ekonomik amaçlı yerleşme hakkının antlaşmada zaten düzenlendiği için Antlaşmanın 18.maddesinde Avrupa vatandaşlarına tanınan oturma hakkının ekonomik amaçlı olmayan oturma hakkı olduğu belirtilmektedir. Gülören TEKİNALP- Ünal TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta yayımları, İstanbul, 1997, s.22

⁴² Enver BOZKURT- Mehmet ÖZCAN- Arif KÖKTAŞ, *Avrupa Birliği Hukuku*, Nobel Yayınları, Ankara, 2001, s.206.

ülke işçileriyle arasında vatandaşlık esasına dayanan ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir(m.39/2),

* bu hak, kamu düzeni, kamu güvenli ve kamu sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla;

- fiilin sunulan iş tekliflerini kabul etme,

- bu amaçla üye devletlerde serbestçe dolaşma,

- üye devletin istihdamı düzenleyen, idari ve yasal düzenlemelere uygun olarak bir iş tutmak amacıyla o ülkede kalma,

- üye ülkede çalıştırdıktan sonra, Komisyon tarafından yapılacak tüzükle belirlenecek esaslar çerçevesinde o ülkede kalma hakkını içerir(m.39/3).

* bu madde hükümleri kamu idaresine ait işlerde uygulanmaz (m.39/4).

Antlaşmanın sağladığı serbest dolaşma hakkı, üye ülke vatandaşlarına tanınmış olan bir haktır. Ancak, vatandaşlığın elde edilmesi ve kaybedilmesi konuları anlaşmayla düzenlenmiş olmayıp, ilgili devletlere bırakılmıştır.

Görüldüğü üzere, antlaşma işçilerin serbest dolaşımından bahsetmektedir. Dolayısıyla, işçi kavramının açıklanması gerekmektedir. Antlaşmada bu konuda tanımlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), ulusal düzeyde farklı anlamlar verilmesinin Topluluk hukukunda tek taraflı olarak değişiklikler yapılmasına yol açabileceğinden işçi kavramının bütün üye devletler için aynı anlamı taşıyacak şekilde yorumlanması gerektiği gerekçesiyle oldukça geniş yorumlamıştır. ATAD kararlarından bazı örnekler vermek gerekirse, “bir kişinin işçi olarak değerlendirilmesi için, onun, ilgili piyasada geçerli olan ücretin altında da olsa, gerçek bir işte fiilen çalışması ya da çalışma isteğinde bulunması yeterlidir”⁴³. ATAD Kempf kararında⁴⁴, part-time bir işte fiilen çalışan bir kişinin, elde ettiği gelirin asgari ücretten daha az olduğu ve bu nedenle başka yasal kaynaklardan ek gelir elde etmek istediği gerekçesiyle, kişilerin serbest dolaşım hakkından mahrum bırakılmayacağına karar verdi.

C- Serbest dolaşım hakkının istisnaları

Kişilerin serbest dolaşım hakkının istisnaları 39.maddenin 3. ve 4. fıkralarında iki grupta toplanmıştır. Birinci grupta (3.fıkra) kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığı; ikinci grupta ise, kamu idaresine ve hizmetine ait işler yer almıştır.

⁴³ Levin kararı, Case 53/81 Levin V., *Staatssecretaris Van Justitie (1982)*, E.C.R. 1035, 2 CMLR.454'den naklen BOZURT vd., s.222.

⁴⁴ age, s.223.

Bu istisnaların uygulamasını göstermek amacıyla 64/221 sayılı Yabancıların Kamu Düzeni, Güvenliği ve Sağlığı Sebebiyle Seyahat ve İkametlerinin Koordine Edilmesine İlişkin Yönerge çıkarılmıştır.

Antlaşma kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu sağlığının haklı kıldığı durumlarda ilgili devletlere kısıtlama yapma yetkisi vermiştir. Ancak bu kavramları açıklamamıştır. Bu durumda anılan kavramların yorumunda ATAD'ın kararları esas alınacaktır.

Kamu düzeni: ATAD, Rutili kararında⁴⁵ kamu düzeni nedeniyle yapılacak kısıtlamalarda kavramın dar yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, "bir üye devlet vatandaşının bir başka üye devlete girmesine, orada yerleşmesine ya da o ülke içinde dolaşmasına, toplumun temel menfaatini etkileyen gerçek ve yeterince ciddi bir tehlikenin olmaması durumunda kamu düzeni kavramına dayanarak sınırlama getirilemez"⁴⁶.

Kamu güvenliği: ATAD, işçilerin serbest dolaşım hakkının kamu güvenliği yönünden kısıtlanması konusunda doğrudan ilişkili henüz bir karar vermiş değildir. Kamu güvenliğine dayanan kısıtlamaların daha çok ülkenin varlığını doğrudan etkileyen terörizm, casusluk ve diğer tahrip şekillerine ilişkin fiillerin işlenmesi durumunda gündeme gelebileceği; bu konularda ise taktir yetkisinin üye devletlerde olduğu; dolayısıyla ATAD'ın bu konulara pek girmeyeceği belirtilmektedir⁴⁷.

Kamu sağlığı: kamu sağlığı nedeniyle, kişilerin üye devletlere girmesinin kısıtlanabileceği hastalıklar ve maluliyetler 64/221 sayılı Direktifte sayılmıştır. Bu hastalık ya da illetlerden birinin bulunması durumunda üye devlet ilgili kişinin ülkesini girişini ya da serbest dolaşmasına izin vermeye bilecektir.

Kamu idaresine ait işler: ABA'nın 39.maddesinde düzenlenen ve işçilerin serbest dolaşım hakkının uygulanamayacağı istisnai durumlardan biri de kamu yönetimine ait işlerdir.

Kuşkusuz kamu idaresine ait işler kavramı, üye ülkelerin kendi idari ve hukuki yapılarına göre farklı anlamlara göre gelebilecek, farklı yorumların yapılmasına müsait bir kavramdır. Dolayısıyla, üye devletlerin kamu idaresine ait işlerin tamamında vatandaşlık şartı araması düzenlemenin istismarı anlamına gelebilecektir. Üye devletlerin böyle bir yolu tercih etmeleri Avrupa'da oluşturulmaya çalışılan ekonomik, sosyal ve siyasal bütünleşme çalışmalarını olumsuz yönde etkileyebilecektir. Bu durumda kamu idaresi ve kamu hizmeti kavramala-

⁴⁵ Case 36/75, Rolanda Rutili v.Minister of Interior (1975) E.C.R. 1219, (1976) 1 C.M.R. 140

⁴⁶ BOZKURT vd., s.227; ATAD aynı yöndeki diğer kararları için bkz: TEKİNALP-TEKİNALP, s.289.

⁴⁷ BOZKURT vd., s.228.

rının tanımlaması gerekmektedir. Çünkü, üye ülkelerin kamu idaresi ve kamu hizmeti kavramlarına gerek pozitif hukuk ve gerekse politik açılarından yükledikleri anlamlar farklıdır⁴⁸. Bu nedenle ATAD, kamu idaresi işlerini istisnasını dar yorumlamıştır.

ATAD, Sotgiu kararında⁴⁹, kamu sektöründe sadece, kamu gücünün uygulanmasıyla bağlantılı olan belirli görevlere uygulanabileceğini, bütün kamu sektörünü kapsamadığına karar vermiştir. Commission v. Belgium kararıyla kamu idaresi işleri kavramı daha da belirginleşmiştir. Buna göre, “kamu hukukundan kaynaklanan yetkiler ve devletin genel çıkarlarının korunması amacıyla düşünülmüş olan görevlerin uygulanmasında doğrudan ya da dolaylı olarak yer alan bir dizi iş (makam) Topluluk hukuku anlamında kamu sektörünü oluşturur”⁵⁰.

ATAD kararlarına göre, yerel yönetimlerce istihdam edilen müfettişlik, gece bekçiliği, mimarlık; merkezi yönetimde müdürlükler kamu idaresine ait işler istisnasının içine girer. Diğer taraftan, demiryolu işçiliği, devlet hastanelerinde hemşirelik, stajyer öğretmenlik, dil öğretmenliği ve orta dereceli okul öğretmenliği, bahçıvanlık ve boyacılık kamu idarene ait işler istisnasının kapsamına girmez⁵¹. Yine belirtmek gerekir ki, bu istisna, kamu sektörüne ilk girişle ilgili olduğundan bir üye ülke vatandaşı bir kere kamu sektöründe işe girdikten sonra artık vatandaşlık esasına dayalı bir ayrıma tabi tutulamaz.

Sonuç olarak, AB hukukunda kişiler, serbest dolaşım hakkı çerçevesinde birliğe üye diğer ülkelerde çalışma, iş ve meslek edinme hakkına sahiptirler. Kişilerin özel sektörün yanında kamu idaresine ait işlerde çalışma hakları, kamu hizmetine girme hakkı, konusunda kişilerin tam bir serbesti içinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere, ilgili üye ülke kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı yönlerinden bu hakka kısıtlama getirebilecektir. Buna ilave olarak, birliğe üye devletler, “devletin doğrudan kamu gücünü⁵² kullandığı belirli görevlerde” çalışmak isteyen kişilerde vatandaşlık

⁴⁸ Avrupa Birliği yapılanmasında üye devletler arasında görülen anlayış farklılıkları konusunda bkz: Ali D. ULUSOY, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.31. S.2, Haziran 1998, s.26; John SMITH, “The Public Service Ethos” *Public Management*, Volume 69, Winter 1991, s. 515.

⁴⁹ Case 152/73, Sotgiu v. Deutsche Bundespost (1974) E.C.R. 153.

⁵⁰ BOZKURT vd., s.235.

⁵¹ GÜLÖREN-GÜLÖREN, s.290.

⁵² İdare Hukukunun uygulama alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri olan kamu gücü ölçütüdür. Bu ölçüte göre, idarenin işlemleri hakimiyet tasarrufları ve temsil yetkileri tasarrufları şeklinde ikiye ayrılır. Hakimiyet tasarrufları, devletin egemenliğinin bir parçası olarak kullandığı emretme, tek taraflı iradesini ilgililere kabul ettirme gerektiğinde zor kullanmak suretiyle yerine getirme yeteneğine dayanarak yapmış olduğu işlem-

şartı öngörerek yabancıların çalışmasına müsaade etmeyebilecektir⁵³. Tabii ki, hangi işlerin devletin kamu gücünü kullanarak yürütülen hizmet olduğu uygulamada ATAD kararlarıyla belirlenecektir.

SONUÇ

Türk pozitif hukukunda kamu görevliliğine giriş ve yükselmeye kariyer, sınıflandırma ve liyakat ilkeleri benimsenerek tarafsız bir memuriyet sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak, uygulamada özellikle, siyasal iktidar değişikliklerinde önce üst düzeyde, daha sonra da alt kademelere inerek kamu görevlileri arasında büyük değişimler yaşanmakta; kayırmacılığın yapıldığı yönünde idareye karşı ciddi eleştiriler yapılmaktadır.

Kamu hizmetine girme hakkı kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirerek yaşamlarını sürdürebilmeleri için özgürce bir meslek edinme ve çalışma hakkının bir gereğidir. Kişiler, çalışma haklarını özel teşebbüste kullanabilecekleri gibi, kamuda da kullanabilirler. Kişilerin kamu kurum ve kuruluşlarında çalışabilmeleri, Türk pozitif hukukunda, “kamu hizmetine girme hakkı” adıyla anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Türk vatandaşı olan herkesin, kamu hizmetine girme hakkı çerçevesinde, kamu görev alabilmesine fırsat tanınmalıdır. Fırsat eşikliğinin sağlanması, kayırmacılığı önleyeceği gibi, kamu personelinin de niteliğinin (kalitesinin) artmasına neden olacaktır.

Uluslararası sözleşmeler, kamu hizmetine girmede vatandaşlara fırsat eşitliğinin tanınmasını; kişiler arasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da her hangi başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, servet, soy yahut herhangi diğer bir statü gibi durumlara dayanan hiçbir ayırım yapılmamasını öngörmektedirler. Devletler, bireylerin bu hakkına, demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması veya kamu yararı, ulusal güvenlik, kamu sağlığı veya genel ahlakın korunması için gerekli olan ve yasayla belirlenen kısıtlamalar getirebileceklerdir.

AB hukukunda kişiler, serbest dolaşım hakkı çerçevesinde birliğe üye diğer ülkelerde çalışma, iş ve meslek edinme hakkına sahiptirler. Ancak, kişilerin, özel sektörün yanında kamu idaresine ait işlerde çalışma hakları konusunda tam bir serbesti içinde olduklarını söylemek mümkün değildir. Topluluğa üye ülkeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı yönlerinden bu hakka kısıtlama getirebilecektir. Buna ilave olarak, birliğe üye devletler, devletin doğrudan kamu gücünü kullandığı belirli görevlerde çalışmak isteyen kişilerde vatandaşlık

lerdir. Hakimiyet tasarrufları, idare hukuku ve idari yargının görev alanına girerler. Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, İmaj yayınları, Ankara, 2002, s.30; GİRİTLİ vd., s.32: İl Han ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, Alfa yayınları, İstanbul, 1996, s.299.

⁵³ European Parliament Directorate General for Research Working Document, *Free Movement of Person in the European Union: Specific Issues*, Civic Liberties Series 05-999, p.58. www.europarl.eu.int/workingpapers/libe/pdf/100_en.pdf (13.6.2003)

şartı öngörerek yabancıların çalışmasına müsaade etmeyebilecektir. Hangi işlerin devletin kamu gücünün kullanılarak yürütülen hizmet olduğu uygulamada ATAD kararlarıyla belirlenecektir. AB'ye tam üyeliğin gerçekleşmesi durumunda, Türkiye de birlik hukukuna tabi olacağından, birliğe üye ülkelerin vatandaşları Türkiye'de serbest dolaşma hakkını elde edecektir. Dolayısıyla, Türk pozitif hukukuna göre, kamu görevi kabul edilen ve sadece Türk vatandaşlarının yürütebileceği bir çok kamu görevinde AB vatandaşları da görev alabilecektir. Bu durumda, Türkiye'de kamu görevi kabul edilen görevler, devletin doğrudan kamu gücünü kullanarak yürüttüğü görevler ve devletin doğrudan kamu gücünü kullanmadan yürüttüğü görevler şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. Kamu görevleri arasında yapılacak böyle bir ayırım, kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen Anayasanın 70. maddesi ile devlet memurluğuna girmenin genel şartlarını düzenleyen 657 sayılı kanunun 48. maddesi başta olmak üzere, Türk pozitif hukukunda da yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılacaktır.