

**6271 SAYILI CUMHURBAŞKANI SEÇİMİ
KANUNU'NUN 11. MADDESİNİN SEÇİLME HAKKI
YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Evaluation of Article 11 of Act No. 6271 on Presidential Election in
Respect to Right to Be Elected*

İsmail YÜKSEL*
Erdal ŞAHİN**

ÖZ

2012 yılında kabul edilmiş olan 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu'nun 11. maddesi Cumhurbaşkanı adaylığının kesinleşmesi ile görevden ayrılmış sayılacak kişileri ve bu kişilerden hangilerinin seçilememeleri halinde görevlerine dönemeyeceklerini düzenlemektedir. Anayasa'nın 101. maddesinin sadece milletvekili seçilme yeterliliğine atıfta bulunması nedeniyle CBSK'nın 11. maddesinin görevden ayrılmayı düzenleyen 76. maddenin 3. fıkrasına dayanması mümkün değildir. Eğer bu fıkraya dayanıyor olsa bile fıkra da yer alan sınırlı sayıdaki listeyi fıkra ile çelişir biçimde genişletmiştir. 11. maddedeki sınırlandırmalar Anayasa'nın 67. maddesine dayanarak kanunla yapılmış olsa dahi, özel sınırlama sebeplerine dayanmaması, pratik uyum ilkesiyle açıklanamaması ve ölçülü olmaması nedeniyle Anayasa'ya aykırıdır. Göreve dönmeyi düzenleyen ikinci fıkra hükmü ise dar anlamda kamu görevlilerine dair hükümler içermekte, dar anlamda kamu görevlisi sayılmayan kişileri ise düzenlemektedir. Bu durumda dar anlamda kamu görevlisi olmayan kişilerin seçilememeleri durumunda görevlerine dönmesi gerekir. Hem sonraki tarihli hem de özel kanun olması nedeniyle diğer kanunlarda Cumhurbaşkanı adayı olup seçilemeyen kişilerin göreve dönmesini engelleyen hükümler 11. maddenin

Makalenin Geliş Tarihi: 29.03.2021, **Makalenin Kabul Tarihi:** 28.08.2021.

* Dr. Öğretim Üyesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı. (yuksel.ism@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8740-3520)

** Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (sahinerdal@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8477-8474)

ikinci fıkrasıyla zımnen ilga edilmiştir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Seçim Kurulu'nun yerleşik içtihatları karşısında 11. maddeye karşı başvurulabilecek bir iç hukuk yolu bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Seçilme Hakkı, Cumhurbaşkanı, Kamu Görevlisi, 6271 Sayılı Kanun.

ABSTRACT

Article 11 of the Act no.6271 on Presidential Election adopted in 2012 lists public servants which will be automatically resigned from their Office at the time of approval of their candidacy at presidential elections; and determines which of these can not be reinstated. Since article 101 of the Constitution does not refer to article 76 as a whole but instead to the first two paragraphs which regulate candidacy criteria for parliamentary elections, article 11 of act no.6271 cannot be based on the third paragraph. Even if the reference of article 101 is accepted to cover paragraph 3 of article 76, the list determined by the article 11 of act no.6271 contains persons that are not included in the numerus clausus list given therein. Article 11 cannot be justified by article 67 of the Constitution since there is not any specific reasons in article 67, it does not conform to the balancing test and it is unproportional. Second paragraph of the article 11 contains regulations on reinstatement of public servants in the narrowest sense but creates a legal lacuna for the rest of the list. We propose that persons that are not public servants in the narrow sense shall be reinstated.

Keywords: Right to Stand for Election, President, Public Servant, Act no. 6271.

I. GİRİŞ

19 Ocak 2012 tarihli ve 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanunu'nun¹ 11. maddesi Cumhurbaşkanı adaylarının görevden ayrılmasını ve görevlerine seçim sonrasında geri dönmesini düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrası görevden ayrılmış sayılacak kişileri listeleyip, ki bu liste oldukça geniş tutulmuştur, ikinci fıkrası bu kişilerden hangilerinin seçim sonrasında göreve dönemeyeceğini düzenlemektedir.

Kanımızca CBSK madde 11, seçilme hakkını Anayasa'nın öngörmediği ve izin vermediği derecede sınırlamaktadır. 2012 tarihli Kanun aşağıda

¹ Buradan itibaren "CBSK" olarak anılacaktır.

gösterileceği üzere 1982 Anayasası'na kıyasla çok daha sınırlayıcı bir düzenleme getirerek Milli Güvenlik Konseyinin çizmiş olduğu sınırları dahi aşmıştır. Maddenin birinci fıkrasında sayılan kişilerin herhangi bir yargı denetimini harekete geçirmesini önleyecek şekilde, adayların aday listelerinin kesinleştiği tarihte görevden başka bir işleme gerek kalmaksızın çekilmiş sayılacakları hükme bağlanmıştır.

Maddenin ikinci fıkrası ise kamu görevlilerinin bir kısmının göreve dönmelerini yasaklarken, kalanların seçilememeleri halinde göreve dönmelerine imkân tanımıştır. Bununla beraber maddenin birinci fıkrasında sayılan listede kamu görevlisi tanımına, bu tanım ne kadar geniş tutulursa tutulsun girmeyen kişilerin de yer alması bir kanun boşluğu yaratmaktadır. Bu kişilerden özellikle halk oyu ile seçilmiş belediye başkanları ve belediye meclis üyelerinin durumunun cumhurbaşkanlığı seçimlerinde tartışma konusu olması doğaldır.

Çalışmamız sırasıyla maddenin yasama geçişini, görevden çekilme zorunluluğu bulunan kişilerin listesinin Anayasa'ya uygunluğunu, göreve dönüp dönemeyeceklerini, son olarak da bu hükme dayanarak yapılan uygulamaların yargı denetimine tabi olup olmadığını inceleyecektir.

II. YASAMA GEÇMİŞİ

2007 yılında Cumhurbaşkanlığı seçimi etrafında yaşanan ve genellikle “367 krizi” olarak hatırlanan olayın² ardından yapılan anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü kabul edilmiş ancak bu sırada Abdullah Gül, değişiklik öncesi yöntemle yani parlamento tarafından Cumhurbaşkanı seçildiği için anayasa değişikliğinin ilk uygulaması 2014 yılına kalmıştır. Halk tarafından yapılacak ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi yaklaşırken 19 Ocak 2012 yılında TBMM 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu'nu kabul etmiştir. 24 madde ve bir geçici maddeden oluşan bu kısa kanun Cumhurbaşkanlığı seçimini düzenlemektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan “Adayların görevden ayrılması ve göreve dönmesi” kenar başlıklı 11. madde şöyledir:

MADDE 11 –(1) Cumhurbaşkanı adayı gösterilen hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu,

² Olayın detaylı bir hukuki analizi için bkz. Erdal ONAR, “1982 Anayasasının 2007 yılında 5678 sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler”, *Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, ss. 487-547, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, 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, aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla görevlerinden ayrılmış sayılır. Bu durum Yüksek Seçim Kurulunca aday gösterilenin bağlı bulunduğu bakanlığa veya kuruma derhal bildirilir.

(2) Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanı adayı gösterilen Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri hâlinde, Yüksek Seçim Kurulunca Cumhurbaşkanının seçildiğinin ilân edilmesini takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.

A. Komisyon Raporu

Maddenin gerekçesi ne yazık ki açıklayıcı olmaktan çok uzak ve madde metniyle çelişkilidir.³ Gerekçede, cumhurbaşkanı seçilme hakkını kısıtladığı bu kişi gruplarının görevden ayrılmadan aday olmalarının hangi nedenlerle engellendiğini açıklamamıştır. Gerekçeye göre birinci fıkra devlet memurları ve kamu görevlilerinin⁴ aday gösterilmeleri halinde uyulması gereken usulü, görevden çekilmiş sayılacakları tarihi ve YSK'nin yapacağı işlemleri göstermektedir.

Kamu görevlileri öğretide dar ve geniş anlamda olmak üzere iki biçimde tanımlanmaktadır.⁵ Geniş anlamda kamu görevlileri, devlet veya diğer kamu

³ 24. Yasama Dönemi 2. Yasama Yılı, Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, Esas Numarası 1/487, Sıra Sayısı 138.

⁴ Madde gerekçesinde “devlet memurları ve kamu görevlileri” ifadesi kanımızca hatalı olarak kullanılmıştır. Devlet memurları da kamu görevlisi olduğuna göre sadece “kamu görevlileri” ibaresi ile yetinilmesi gerekirdi.

⁵ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 10. B., İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 580; Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. II, 3. B., Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 644; Bahtiyar

tüzel kişilerine kamu hukuku bağıyla bağlanan ve kamu hizmeti yürütümüne katılan herkesi ifade ederken, dar anlamda kamu görevlileri ise işgüçlerini kamu hizmetine özgülerken sürekli olarak bir meslek ifa eden kişileri anlatır.⁶ Bu bakımdan Cumhurbaşkanı, bakanlar, Cumhurbaşkanlığı yardımcısı, belediye başkanları, belediye veya il genel meclis üyeleri kamu hizmetinin yürütülmesine geçici olarak katıldıkları için dar anlamda kamu görevlisi kapsamında yer almazlar. Dar anlamda kamu görevlisi kapsamına memurlar ile tek taraflı atama yoluyla hizmete bağlanmalarına karşın memur sayılmayan hakim, öğretim elemanı, askerler ile idari hizmet sözleşmesi ile kamu hizmetine bağlanan sözleşmeli personel girmektedir.⁷ Anayasa m. 128'de düzenlenen genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütecek olan memurlar ve diğer kamu görevlileri başta olmak üzere anayasa ve kanunlarda yer alan kamu görevlisi ifadeleri ilke olarak dar anlamda kamu görevlilerini belirtmek üzere kullanılmaktadır.⁸ Kamu görevlileri terimi geniş anlamda kullanıldığı zaman ise 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 6/1-c'deki gibi ayrıca belirtilmektedir. Milletvekili seçilme hakkına sınırlama getiren Anayasa'nın 76. maddesinde geçen kamu görevlisi ibaresinin, özgürlük esas kısıtlama istisna olduğuna göre mümkün olan en dar şekilde yorumlanması ve dar anlamda kamu görevlilerine ilişkin bir sınırlama getirdiğinin kabul edilmesi gerekir.

Bu bağlamda 11. madde metninde sayılanlardan belediye başkanları, belediye meclis üyeleri ile il genel meclisi üyeleri dar anlamda kamu görevlisi kapsamında yer almamaktadır. Sendika yönetim ve denetim kurullarında yer alanlar ile siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyelerinin ise en geniş tanımıyla dahi kamu görevlisi olmadığı açıktır.⁹

Alt Komisyon raporundan anlaşıldığı kadarıyla CHP temsilcisi Başbakan, MHP temsilcisi ise Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların görevden ayrılmadan aday olabilmelerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu dile

AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, *Türk İdare Hukuku*, 12. B., Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 664.

⁶ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. II, 3. B., Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 644; Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI / Burcu ERDİNÇ, "Kamu Görevlilerinin Milletvekilliği Seçimlerine Katılmak Üzere Görevden Çekilmeleri ve Göreve Dönmeleri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 4, 2015, s. 230.

⁷ GÜNDAY, s. 580; GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. II, s. 644-645.

⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s.664.

⁹ Ayhan DÖNER, "Geçmişten Günümüze Kamu Görevlilerinin Adaylığı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 4, 2009, s. 759.

getirmişlerdir. Görüleceği üzere bu itirazlar daha sonra Anayasa Mahkemesine açılacak olan iptal davasının da gerekçesini oluşturacaktır.

Alt komisyon başkanı Mustafa Şentop, 11. maddenin, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılmayan kişiler için sınırlandırmalar getirdiği için Anayasa'ya aykırı olduğu iddialarının alt komisyonda gündeme geldiğini ancak alt komisyonda maddenin metinden çıkarılmasına yönelik önerenin 2839 sayılı kanunun 18. maddesinin buraya taşınmış olması nedeniyle reddedildiğini belirtmiştir. Kanımızca bu nedenle daha fazla bilgi almak için maddenin ikizi olan 2839 sayılı kanunun 18. maddesine gidilmesi gerekir.

Komisyon raporuna muhalif kalan üyelerden Uğur Bayraktutan, Bedi Süheyl Batum, Ali Özgündüz, Ercan Cengiz, Rıza Mahmut Türmen ve Atilla Kart'a ait olan karşı oy yazısında 11. maddeye ilişkin olarak şu satırlara yer verilmiştir;

“... Cumhurbaşkanlığı seçimine Meclis Başkanı Başbakan, Bakan ya da Milletvekili konumunda iken aday olmak isteyen kişilere yönelik olarak, adaylık süresi içinde istifa etmeleri yönünde herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu konuda bulunan adayların, böylesine üstün bir kamu gücü, yetki ve devlet imkanlarını kullanırken aday olması halinde, diğer adaylar aleyhine haksızlık yapılacağı ve seçinin adaletine ve sonuçlarına gölge düşeceği açıktır.

Bu yöndeki bir düzenleme en başta Anayasanın 10. Maddesine aykırı olacaktı. Bu noktada İktidar Sözcüleri tarafından, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanununun 18. Madde değişikliğinin örnek ve dayanak olarak gösterilmesi de Cumhurbaşkanlığı görevinin konumu, saygınlığı ve devletin başı olması gibi özellikleri göz önüne alındığında anlamsız ve dayanaksız kalmaktadır.

Getirilen bu madde açıkça Başbakan'ın Cumhurbaşkanı adayı olması sürecinde, Kamu gücü ve Devlet imkanlarıyla haksız ve adaletsiz propaganda yapmasının önünü ve yolunu açmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nde aday olmak isteyen diğer yurttaşlar ise, adaylık sürecinde 'göstermelik aday' olmak ve sözde seçime meşruiyet kazandırma amacıyla kullanılmış olmaktadır.”

Karşı oy yazısında bir kez daha gördüğümüz üzere aslında 11. madde Cumhurbaşkanlığı seçimi düşünülerek yazılmamış, 2839 sayılı Kanun'dan kopyalanıp yapııştırılmıştır. Kanımızca karşı oy yazısı daha önce komisyon

görüşmelerinde ileri sürüldüğünü gördüğümüz asıl Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa'da sayılmış olan kişiler dışında bulunduğu makam ne olursa olsun görevden çekilme zorunluluğu getirilmesinin Anayasa'ya aykırı olacağını gözden kaçırmış ve adeta başbakan, bakan ve milletvekillerinin de bu listeye eklenerek Anayasa'ya aykırılığın genişletilmesini savunmuştur.

11. maddeye ilişkin Nevzat Korkmaz ve Faruk Bal'ın kaleme aldıkları karşı oy yazısında ise maddede sayılan kişilerin görevden ayrılımlarının ellerinde bulunan imkanları kullanarak seçim kampanyalarında diğer adaylara nazaran üstünlük sağlamalarının ve kurumların aşırı politize olmalarının engellenmesi olduğunu ileri sürülmüştür. Karşı oy yazısının devamında;

“Ancak bu gerekçenin haklılığı aday oldukları takdirde mevcut Cumhurbaşkanlığı Başbakan ve bakanlar için çok daha geçerlidir. Devletin en üst makamlarında olmaları hasebiyle devletin, hükümetin her türlü idari, mali, ekonomik imkanlarından istifade edebilme, atama, yer değiştirme, devletin kolluk güçlerini kullanma gibi yetki ve ayrıcalıklara sahiptirler. ... Bu düşüncelerle cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanların aday olmaları durumunda, yetki ve sorumluluklarını vekillerine devretmeleri seçimlerin eşit ve adil cereyan etmesinin bir gereğidir. Aksi takdirde Anayasanın 10. Maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır.”

Her ne kadar bu karşı oyda belirtilen görüşlerde haklılık payı bulursa da yukarıda alıntılıdığımız ilk karşı oy yazısında olduğu gibi sunulan çözüm Anayasa'ya aykırılığın genişletilmesi yönündedir.

Alt komisyon görüşmelerinde ileri sürülen dikkat çekici bir öneri, Cumhurbaşkanlığı makamının tarafsız olması nedeniyle hâkim, savcı, yüksek mahkeme üyeleri subay ve astsubaylara göreve dönme imkânı tanınması yönünde olmuş ancak kabul görmemiştir.

B. Genel Kurul Görüşmeleri

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki 24 maddelik bir kanunun temel kanun yöntemi kullanılarak bölümler halinde görüşülmüş olması kanımızca açık bir usul saptırmasından ibarettir ve tek tek maddeler üzerinde tartışılmasını imkânsız hale getirmiştir.

Kanun'un tümü üzerindeki görüşmeler sırasında CHP Grubu adına söz alan Atilla Kart konuşmasında 11. maddeye değinmiştir;

“11'inci maddede kamu görevlilerinin aday olması hâlinde istifa etmeleri esasını getiriyoruz. Tamam, doğru bir düzenleme. E, peki, bu kamu görevlileri yanına Başbakanı niye eklemiyoruz, Cumhurbaşkanı niye eklemiyoruz, Meclis Başkanını niye eklemiyoruz, bakanları niye eklemiyoruz? Başbakan, bakan ya da Meclis Başkanı, onların aday olmaları hâlinde, o olağanüstü devlet gücüyle birlikte, bir, girecekleri yarışta gerçekten sağlıklı, demokratik bir yarışın olması söz konusu olabilir mi? O devlet nüfuzunun kullanılması, başlı başına o kişiler lehine nüfuz suiistimali yoluyla haksız kazanımlar sağlamaz mı? Devlet imkânlarının propaganda aracı olarak kullanılmasının yolunu açmaz mı değerli arkadaşlarım? Neden serbest bir yarışın olmasından korkuyorsunuz? Neden bunu engellemek istiyorsunuz? Bunları sorgulamak gerekiyor, bunları değerlendirmek gerekiyor değerli arkadaşlarım.”

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi her ne kadar Atilla Kart tarafından dile getirilen endişelerde haklılık payı bulunabilirse de muhalefet tarafından getirilen eleştiri Anayasa'nın izin vermediği bir şekilde seçilme hakkına getirilen sınırlamanın kanun metninden çıkarılması değil, aksine, bu sınırlamanın dar tutulduğu biçiminde olmuştur.

Dönemin Adalet Bakanı Sadullah Ergin, kanunun tümü üzerindeki konuşması sırasında, başbakan ve bakanların görevden ayrılmadan aday olmalarına yönelik eleştirilere değinmiş, görevdeki bakan ve başbakanların aday olması halinde alınacak olan tedbirlerin diğer kanunlarda belirtilmiş olması nedeniyle buraya taşınmadığını belirtmiştir.

Kanunun birinci bölümü üzerindeki tartışmaların çok büyük kısmı Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanlığı döneminin süresine ilişkin olmuş, 11. maddeye yalnızca, kanunun bölümleri üzerine yapılan görüşmeler sırasında AKP grubu adına söz alan Mehmet Doğan Kubat değinmiş, 11. maddeye ilişkin şu açıklamalarda bulunmuştur:

“Kamu görevlileri ile siyasi parti ve bir kısım sendika, kamu bankaları, vesaire üst birliklerin yönetim, denetim kurulu üyelerinin adaylığıyla ilgili de 11'inci maddede özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme, esasen Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18'inci maddesindeki görevden çekilmeye aynı bir düzenlemedir. Burada bir fark, bunların aday gösterilmesi için önceden istifa şartı aranmamakta, adaylıkları

kesinleşirse bunların görevleriyle ilişkisinin kesileceği düzenleme altına alınmıştır”

Genel Kurulda 11. maddenin metinden çıkartılmasına ilişkin biri Anayasa’ya aykırılık gerekçesiyle olmak üzere iki, aday gösterilen Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanlara vekalet edilmesine, milletvekillerinin de izinli sayılmasına yönelik bir önerge verilmiştir.

Anayasa’ya aykırılık önergesi üzerine söz alan Haydar Akar;

“Bakın, burada ben size kısaca bahsedeyim. Bu devlet memurları ve diğer kamu görevlilerinin adaylığıyla ilgili. Tüm devlet memurları ve kamu görevlilerini istifa etmek zorunda bırakıyor. Tamam, "okey", burada bir sıkıntı yok. Ama ikinci paragrafta şunu söylüyor: "Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere Cumhurbaşkanı adayı gösterilen devlet memurları ve diğerleri eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler." diyor. Yani diyor ki: Eğer, yüksek yargının bir mensubuysanız, eğer askerî bir görevliyseniz, askeriyede görev yapıyorsanız, generalseniz, işte, subaysanız, her neyseniz, siz istifa etseniz de aday olsanız da "Göreve geri dönemezsiniz." diyor. Bu Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı. ... Burada başka bir şey var. Başbakanın, bakanların, milletvekillerinin görevlerini sürdürmesine devam etmesine karar veriyor. Yani onları istifa ettirmiyor.”

Muhalefet partileri tarafından verilen önergelerin tamamı reddedilmiş ve kanun 234 kabul, 21 ret oyuyla kabul edilmiştir.

Gerekçe, alt komisyon, komisyon ve genel kurul görüşmelerinden çıkarılabilecek yegâne sonuç, 6271 sayılı Kanun’un 11. maddesinin, 2839 sayılı Kanun’un 18. maddesinin tekrarından ibaret olduğudur.

Maddenin Anayasa’ya aykırılığına dair iddialar her aşamada dile getirilmiş olsa da bir istisna dışında eşitlik ilkesi üzerine kurulmuşlardır. İlerleyen bölümlerde gösterileceği üzere 11. maddenin Anayasa’ya aykırılığı eşitlik ilkesine değil 76. ve 101. maddelere aykırılıktan kaynaklanmaktadır.

C. 2012/30 Esas ve 2012/96 Karar Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

6271 sayılı Kanun’a karşı muhalefet milletvekilleri tarafından Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır. 11. maddeye ilişkin iptal gerekçesi ne yazık ki sayılan listenin Anayasa’ya aykırı şekilde geniş olması değil, bu

listeye cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanların eklenmemiş olmasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olmasıdır.¹⁰

Kanımızca iptal davası hatalı gerekçeyle açılmıştır. Anayasa kuralları arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisi mevcuttur. Bir konuyla ilgili özel hükümlerin bulunması durumunda Anayasa'nın genel esaslar kısmında yer alan genel hükümlere gidilmemesi gerekir. Başvuru konusu hüküm aşağıda gösterileceği üzere Anayasa'nın 101. ya da 76. maddesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi de hatalı bir biçimde iptali istenen 11. maddeyi sadece eşitlik ilkesi yönünden değerlendirmiş, yetkisi dahilinde olmasına ve 11. maddede yer alan görevden çekilme zorunluluğunun amacını açıklamaya çalışırken 76. maddeye değinmiş olmasına rağmen 76. maddeye aykırılığı değerlendirmemiştir. Anayasa Mahkemesinin 11. maddeye dair oybirliği ile aldığı iptal istemini ret kararının gerekçesi şöyledir:

“Anayasa'nın 76. maddesinde milletvekili seçimleriyle ilgili olarak aday olan kamu görevlilerine görevden çekilme zorunluluğu getirilmiştir. Benzer yükümlülükler diğer seçim kanunlarında da yer almaktadır. Seçimlerde aday olan kamu görevlileri ile siyasi partilerin, sivil toplum örgütleri ve özel sektör kuruluşlarının bazı yöneticilerinin görevlerinden çekilme zorunluluğu getirilmesinin nedeninin bir taraftan seçim sürecinde kamu hizmetlerinin aksamasını engellemek, diğer taraftan bu kişilerin görevleri sebebiyle sahip oldukları imkânları seçim sürecinde kullanarak diğer adaylara karşı avantaj sağlamalarını engellemek olduğu anlaşılmaktadır.

Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanların diğer kamu görevlileri ile aynı hukuksal durumda oldukları söylenemeyeceğinden bu kişiler bakımından Cumhurbaşkanlığına aday olmaları halinde görevden çekilme zorunluluğu getirilmemiş olmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”

Anayasa Mahkemesi bu paragraflarla sivil toplum örgütü ve özel hukuk tüzel kişilerinin yöneticilerinin milletvekili seçilme hakkının adaylar arasında

¹⁰ Benzer sorun 1983 yılında, başbakan ve bakanların da kamu görevlisi oldukları gerekçesiyle istifa etmeleri yönündeki başvuruda YSK'nin de önüne gelmiş; YSK, bu kişilerin yönetme haklarının amacına aykırı olarak uzun bir süre durduracağı ve demokratik devletin işlerliğiyle bağdaşmayacağı gerekçeleriyle, genel anlamda kamu görevi yaptıkları kabul edilen başbakan ve bakanların Anayasa m. 76/3 ve 2839 sayılı Kanun m. 18 bağlamında kamu görevlileri kapsamında görülemeyeceğini belirtip, başvuruyu reddetmiştir. YSK, K.1983/488, 28.10.1983, (RG, 3.11.1983, S. 18210).

eşitliği sağlamak için sınırlanabileceğini, Anayasa'nın 76. maddesindeki açık kurala rağmen kabul etmiştir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar gibi dar anlamda kamu görevlisi olmayan belediye başkanları, belediye meclis üyeleri ve il genel meclis üyelerinin Cumhurbaşkanı adayı olabilmek için çekilmelerinin hangi gerekçelerle Anayasa'ya uygun bulunduğu da gerekçede yer almamıştır. Anayasa Mahkemesi bu paragraftaki Anayasa'ya aykırı sonuca ulaşırken benzer yükümlülüklerin diğer seçim kanunlarında da olmasına dayanmış adeta kanunları anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanmıştır.

D. 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. Maddesi

6271 sayılı Kanun'un 11. maddesinin kaynağını 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. maddesi olduğunu yukarıda açıklamıştık. 2839 sayılı Kanun 10 Haziran 1983 tarihinde kabul edilmiş ve 13 Haziran 1983 tarihli 18076 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Kanun'un orijinal halinde "Memurların ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı" kenar başlıklı 18. maddesi şöyledir:

"Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve subaylar ile astsubaylar, 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."

18. madde Danışma Meclisinde 5 Mayıs 1983 günü görüşülmüştür.¹¹ Danışma Meclisinde önerinin 16. maddesi olarak "Memurların adaylığı" kenar başlığıyla görüşülen madde iki ay önce görevden çekilme zorunluluğu getirmekteydi. Maddeye dair görüşmeler sırasında Anayasa Komisyonu Sözcüsü Şener maddeye sadece Anayasa hükmünü naklettiklerini beyan etmiştir. Madde üzerinde esasa ilişkin bir tartışma yapılmadan kabul edilmiştir.

Madde Milli Güvenlik Konseyinde 10 Haziran 1983 günü görüşülmüştür.¹² MGK Anayasa Komisyonu Başkanı Muzaffer Başkaynak Kanun'un Danışma Meclisinden geldiği şekilde kabul edildiğini ancak bazı

¹¹ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi Cilt 17 Yıl 2, 96. Birleşim, 1. Oturum tutanakları, s. 302.

¹² Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi Cilt 9, 149. Birleşim.

ufak düzenlemeler yapıldığını belirtmiştir.¹³ 18. madde üzerinde geçici olarak kısa süreli askere alınan ihtiyat subaylarının milletvekili adayı olabilmesi yönünde bir tartışma yapılmışsa da madde Danışma Meclisinden geldiği şekilde kabul edilmiştir.¹⁴

18. maddenin kenar başlığı 27 Ekim 1995 tarihinde kabul edilen 4125 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile "Kamu görevlileri, siyasi parti yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı" şeklinde değiştirilmiş ve görevden çekilmeden aday olamayacaklar listesine kenar başlıkta da belirtildiği gibi; Radyo Televizyon Üst Kurulu Üyeleri, belediye başkanları, siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri eklenmiştir.

4125 sayılı Kanun'a Anayasa Mahkemesinde muhalefet milletvekilleri tarafından 1995/54 Esas ve 1995/59 Karar sayılı iptal davası açılmış ancak açıkça Anayasa'nın 76. maddesinin 3. fıkrasında sayılmış olan listeyi genişletmesine rağmen iptal davasında iptali istenen maddeler arasında bu husus gösterilmemiştir.

2839 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile 18. maddesi 8 Nisan 2010 tarihli ve 5980 sayılı Kanun ile bir kez daha değiştirilmiş, adaylıktan çekilmesi gerekenler listesine; 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 eklenmiş ve bugünkü halini almıştır. Aday olmak için görevden çekilmesi gerekenlere ilişkin liste bir kez daha genişletilmiş olmasına rağmen 5980 sayılı Kanun'un 29. maddesine ilişkin bir iptal davası açılmamıştır.

Milletvekilliğine görevden çekilmeden aday olabileceklerin listesi gitgide daralırken bu aykırılık iptal davasında ileri sürülmemiştir. Bu durum, iptal davası açma yetkisinin siyasi aktörlere bırakılmasının, Anayasa'ya aykırı kanunlar siyasi aktörler lehine hüküm taşıyorsa birey haklarının korunması için kullanılmayabileceğinin göstergesidir. Milletvekili adayı olmanın zorlaşması, görevdeki milletvekillerinin lehinedir ve Anayasa'ya aykırı olmasına rağmen bu gelişmeye karşı iptal davası açılmamıştır.

Aşağıdaki tablo yıllar içinde 2839 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yer alan listenin nasıl genişlediğini göstermektedir. 1983 tarihli orijinal metin Anayasa'ya uygundur, hatta Anayasa tüm silahlı kuvvetler mensuplarının görevden çekilmesini gerektirirken, 1983 tarihli orijinal metin bu sınırlamayı

¹³ Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi Cilt 9, 149. Birleşim, s. 297.

¹⁴ Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi Cilt 9, 149. Birleşim, s. 305.

sadece subay ve astsubaylar için kabul ederek özgürlük alanını genişletmiştir. 1995 ve 2010 yıllarında TBMM tarafından yapılan değişiklikler sonucunda milletvekili seçilme hakkına getirilen sınırlamalar gitgide arttırılmıştır. 6271 sayılı Kanun'un 11. maddesi sadece bu kişilerin kendiliğinden görevden ayrılmış sayılacağı hükmünü eklemiştir.

Anayasa'nın bir temel hak olan milletvekili seçilme hakkı için sınırlı sayıda görevi yürüten kişilere getirmiş olduğu bir sınırlamanın kanunlarla başka görevleri yürüten kişiler için de kabul edilmesi açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Anayasa bu hakkı tıpkı 19. maddesinde olduğu gibi bizzat düzenlemiştir. 1995 yılından bu yana Anayasa'ya aykırı olan ancak, ilk seferinde Anayasa Mahkemesine taşınmayan, ikinci seferinde ise hatalı bir başvuru sonucunda verilen yanlış bir kararla iptalden kurtulan 18. madde, doğrudan 6271 sayılı Kanun'a taşınmıştır.

Anayasa m.76/3	Orijinal liste: 2839 s.k. m.18 - (1983)	Ek liste: 4125 s.k.- (1995)	Ek liste: 5980 s.k.- (2010)	Ek yöntem: 6271 s.k. m.11 - (2012)
Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları	Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve subaylar ile astsubaylar,	Radyo Televizyon Üst Kurulu Üyeleri, belediye başkanları, 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	aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla görevlerinden ayrılmış sayılır.

6271 sayılı Kanun 2012 yılında Anayasamıza göre halk tarafından seçilecek, siyasi partiler tarafından aday gösterilecek ve lakin tarafsız olması gereken bir Cumhurbaşkanı'nın seçimi için hazırlanmıştır. Aynı Kanun, parlamenter sistemle bağları tamamen kopartan 6771 sayılı Anayasa Değişikliğine Dair Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk başkanlık seçimlerinde de uygulanmıştır.

Kanun'un yasama geçmişinden çıkardığımız kanun koyucunun amacı ile gai yorum yöntemiyle ulaştığımız amacı benzerdir. 11. ve 18. maddelerin amaçları, i) tarafsızlık: belirli görevleri yerine getiren kişilerin tarafsızlığını korumak ve ii) eşitlik: belirli görevleri yürüten kişilerin seçim yarışında görevleri nedeniyle avantaj elde etmelerini engellemektir. Eşitlik amacı açısından yaklaşıldığında Cumhurbaşkanı seçiminde Kanun'da sayılan görevlerin eşitsizlik yaratacağını iddia etmek kanımızca mümkün değildir. Tarafsızlık açısından bakılırsa da siyasi parti üyesi olabilen ve siyasi partiler tarafından aday gösterilen bir Cumhurbaşkanı seçiminde en azından belediye başkanları, siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyelerinin görevden çekilmek zorunda olmasını açıklamak imkansızdır.

Kanun'un, cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, siyasi parti merkez teşkilatında görev alan kişilerin, siyasi parti TBMM grubu üyelerinin görevden ayrılmasını gerektirmeyen ancak siyasi partilerin taşra teşkilatına, belediye başkanlarına ve belediye meclis üyelerine görevden çekilme şartı getiren 11. maddesi İngiliz hukukunda Wednesbury mantıksızlığı olarak anılan duruma net bir örnek teşkil etmektedir. 1984 yılında Lord Diplock Wednesbury mantıksızlığını "mantık veya yerleşmiş ahlak kurallarına başkaldırısı o kadar ağırdır ki, akl-ı selim hiçbir insan konu üzerinde kafa yorduğunda böyle bir sonuca ulaşmaz" olarak açıklamıştır.¹⁵

III. MİLLETVEKİLİ SEÇİLME YETERLİLİĞİ VE GÖREVDEN ÇEKİLME ŞARTI

Cumhurbaşkanı seçilme hakkı, Anayasa m. 67'de düzenlenen seçme ve seçilme hakkının özel bir görünümü olarak m. 101'de düzenlenmiştir. Seçilme hakkının genel maddesi olan m. 67'ye göre sadece 18 yaşını doldurmuş olan vatandaşlar seçilme hakkına sahiptir. Ancak 101. maddenin ilk fıkrasıyla Cumhurbaşkanı seçilme hakkına ek sınırlamalar getirilmiş, sadece kırk yaşını doldurmuş, yüksek öğrenim yapmış ve milletvekili seçilme yeterliliğine sahip

¹⁵ Council of Civil Service Unions v. Ministers for the Civil Service.

Türk vatandaşlarının Cumhurbaşkanlığı olabileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa ile garanti altına alınmış bir hak olması sebebiyle Cumhurbaşkanlığı seçilme hakkına getirilecek tüm sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sisteme uygun olması zorunludur. Anayasa'nın 101. maddesi Cumhurbaşkanlığı seçilme hakkının sınırlarının bir kısmını doğrudan düzenlerken bir kısmı için milletvekili seçilme yeterliliğine atıfta bulunmuştur.

Milletvekili seçilme yeterliliği, Anayasa'nın 76. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar maddenin kenar başlığı "Milletvekili Seçilme Yeterliliği" olsa da maddenin yalnızca ilk iki fıkrası milletvekili seçilme yeterliliğinin şartlarını hüküm altına almıştır. Buna göre milletvekili seçilme yeterliliğinin olumlu koşulları onsekiz yaşını doldurmak, Türk vatandaşı olmak ve en az ilkokul mezunu olmak; olumsuz koşulları ise kısıtlı olmamak, askerlikle ilişkisi bulunmamak, kamu hizmetinden yasaklı olmamak, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasından ya da fıkra da sayılan suçlardan hüküm giymemek olarak belirlenmiştir.

Anayasa'nın 76. maddesinin üçüncü fıkrası ise milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmakla beraber görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları sınırlı sayıda sayma yöntemi ile belirlemektedir. Son fıkra da sınırlı şekilde sayılan kişiler ilk iki sırada sayılan milletvekili seçilme yeterliliğine sahiptir, aday olmalarının önündeki yegâne engel yürüttükleri kamu görevidir. Maddenin üçüncü fıkrası milletvekili seçilme hakkına sınırlı sayıda sayma yöntemiyle anayasal sınırlar getirmiştir.

Milletvekili seçilme yeterliliği ile görevden çekilme şartı birbirinden farklı iki husustur. Milletvekili seçilmek için görevden çekilmesi gereken kişiler zaten milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişilerdir.¹⁶ İlk iki fıkra da sayılan durumlar bir kişinin özellikleri iken üçüncü fıkra kişilerin niteliklerine, yeterli olup olmadıklarına değil, anlık olarak bir kamu görevini sürdürüp sürdürmediklerine ilişkindir. Bu görevlerde bulunan kişiler milletvekili seçilme hakkına sahip olmalarına rağmen görevlerinden çekilmedikçe aday olamamaktadırlar. Adaylık için sürdürülen kamu görevinden ayrılma şartı, 2839 sayılı Kanun'da düzenlendiği yer bakımından da seçilme yeterliliğinin düzenlendiği 10 ve 11. maddelerden ayrılmaktadır. Milletvekili seçilme yeterliliği 2839 sayılı Kanun'da, Genel Hükümler başlıklı

¹⁶ Araslı benzer olarak, 1961 Anayasası dönemindeki incelemesinde aday olmak için görevden çekilmesi gerekenleri "Seçilme Yeterliliğine Sahiboldukları Halde Bu Haktan Yararlanmaları Sınırlandırılanlar" olarak tanımlamıştır. (Oya ARASLI, **Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekili Adaylığı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1972, s. 102.)

Birinci Bölümün “seçilme yeterliliği” başlıklı 10. maddesi ve “milletvekili seçilemeyecek olanlar” başlıklı 11. maddesinde düzenlenmişken “adaylık için görevden çekilmesi gerekenler” başlığını taşıyan ve aday olabilmek için görevden ayrılması gereken kişileri düzenleyen 18. madde, “Seçim Öncesi İşleri” başlıklı ikinci bölümde yer almaktadır. Kanun ve Anayasa ikisi de Milli Güvenlik Konseyi tarafından kabul edildiği ve aynı iradenin ürünü olduğuna göre Kanun’un sistematığı anayasa koyucunun iradesi hakkında da fikir vermektedir.

Anayasa’nın Cumhurbaşkanı seçilme hakkını düzenleyen 101. maddesi 76. maddeye değil milletvekili seçilme yeterliliğine atıf yaptığı için 76. maddenin ilk iki fıkrası Cumhurbaşkanı adayları için de geçerli bir sınırlama haline gelmekteyken, son fıkrası milletvekili seçilme yeterliliğini düzenlemediği için Cumhurbaşkanı adaylığı için uygulanabilir değildir. Her ne kadar maddenin kenar başlığına dayanılarak 76. maddenin tamamının milletvekili seçilme yeterliliğini düzenlediği iddia edilebilirse de maddenin lafzı ve anayasa koyucunun iradesi karşısında Anayasa metnine dahil olmayan kenar başlığa dayanılması kanımızca mümkün değildir.

101. madde ile atıfta bulunulan milletvekili seçilme yeterliliğinin içerisine 76. maddenin üçüncü fıkrasında sayılan haller girmediği için Cumhurbaşkanı seçilme hakkını sınırlayan 6271 sayılı Kanun’un 11. maddesi, Anayasa’da öngörülmuş açık bir sınırlamaya ya da özel sınırlama nedenine dayanmamaktadır.

IV. 76. MADDEYE AYKIRILIK SORUNU

A. Kanunla Sınırlamanın Kabul Edilmemiş Olması

Cumhurbaşkanlığı seçilme hakkına ilişkin milletvekili seçilme yeterliliğine yapılan atfın 76. maddenin üçüncü fıkrasını da kapsadığı biçiminde geniş yorum yapılsa dahi, 2839 sayılı Kanun m. 18’in tekrarı olan 6271 sayılı kanunun 11. maddesi Anayasa m. 76/3’te sayılan listeyi kamu görevlilerini aşacak şekilde genişletmektedir. Seçme ve seçilme hakkına yönelik genel hükümleri içeren Anayasa m. 67’nin aksine milletvekili seçilme hakkına dair özel hüküm olan m. 76 kanunla düzenleme yapılmasına izin vermemektedir.

Milletvekili adaylığı ve m. 101’de atfın m. 76/3’ü kapsadığı kabul edilmesi koşuluyla Cumhurbaşkanı adaylığı için görevden çekilme şartı getirilen görevlere Anayasa m. 76/3’te ve 2839 sayılı Kanun’un ilk halinde yer alanlar dışında yapılan tüm eklemeler Anayasa’ya aykırıdır. Anayasa m.

76/3, doğrudan Anayasa'dan doğan bir seçilme hakkı sınırlaması olarak tüm kamu görevlilerinin aday olabilmek için görevden çekilmeleri gerektiğini hüküm altına almıştır. Kanımızca milletvekili seçilme hakkına doğrudan ve sınırlı sayıda sayma yöntemiyle sınır çizmiş olan Anayasa m. 76/3 karşısında bu sınırların kanunla genişletilebileceğini kabul etmek imkansızdır. Görüldüğü üzere Anayasa koyucu yasama organına saydığı listeye ek yapmak, kamu görevlisi olmayan kişiler için çekilme şartı getirme yetkisi tanımamıştır. Ne özel sebepler ne de kanunla düzenlenebileceği yönünde hüküm barındırmayan madde metni karşısında, Anayasa m. 13'e dayanarak kanunla sınırlama yapılabileceği kabul edilemez. 2001 yılında 4709 sayılı kanunla yapılan değişikliğin ardından Anayasa m. 13 temel haklar için genel sınırlama sebep ve yöntemlerini değil, genel koruma sistemini düzenlemektedir. Bu nedenle kanunla düzenlemeye kapalı maddelerde Anayasa m. 13'ün kanunla sınırlanabilir hükmüne dayanılarak sınırlandırma yapılamaz.

B. Özel Sınırlama Nedenlerinin Yokluğu Sorunu

Kanunla sınırlama yapılabileceği kabul edilse dahi, temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanmasının bir gereği olan özel sınırlama nedenleri seçilme hakkı açısından Anayasa'da öngörülmemiştir.

Anayasa'da özel sınırlama nedeni bulunmayan temel hak ve özgürlüklerin ya hakkın içkin sınırlarına ya da Anayasa'nın eşit değerinde olan başka bir hükmünün uygulanmasından doğan sınırlamaları olabilir. "Bir temel hakkın sınırlılığı yalnız kendi norm alanından ileri gelmez. Bir temel hakkın başka bir temel hakla ya da Anayasa normuyla çatışması dolayısıyla da belli sınırlar ortaya çıkabilir."¹⁷ Pratik uyum ilkesine göre, bir temel hakkın Anayasa'daki başka bir hakla ya da değerle çatışması halinde bulunacak çözümle ortak noktada buluşulmalı, ikisinin de uygulama alanı özlerini etkileyecek biçimde daraltılmamalıdır.¹⁸

¹⁷ Fazıl SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 136.

¹⁸ Bertil EMRAH ODER, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler", *Kamu Hukuku Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013, Ankara, s. 128; Tijen DÜNDAR SEZER, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, 2014, s. 384.

Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddede belirtilen özel sınırlama sebebine dayalı olarak sınırlandırılacağı kuralı, özel sınırlama sebebi öngörülmeleyen hakların mutlak olduğu anlamına gelmez; temel hak ve özgürlüklerin doğalarından kaynaklanan sınırları ve Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kuralların uygulanmasından kaynaklanan sınırları bulunmaktadır.¹⁹ Mahkeme pratik uyumu ilkesini ismen kullanmadan, "kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir"²⁰ çıkarımıyla uygulamaktadır. Fakat bu sınırlamaların da öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma, orantılı olma gibi şartları sağlaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 67'de seçilme hakkına ilişkin bir özel sınırlama sebebi olmadığını kabul etmekle birlikte, bu hakkın mutlak ve sınırsız bir hak olduğunun düşünülmemeyeceğini ve dördüncü fıkrada yer alan "kanunla düzenlenir" ibaresinin kanun koyucuya bir takdir alanı tanıdığını, kanun koyucuyu bağlayan meşru amaçlar listesinin bulunmadığını ifade etmiştir.²¹

*"Anılan fıkrada vatandaşların, seçme ve seçilme hakkına sahip oldukları hükme bağlanırken "kanunda gösterilen şartlara uygun olarak" demek suretiyle bu hakların kullanılmasının kimi koşullara ve düzenlemelere bağlı kılınabileceği belirtilmiştir. Ancak konuya ilişkin yapılacak düzenlemelerde, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen 13. maddesine uyulması gerektiği tabiidir."*²²

¹⁹ AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04.07.2013, (RG, 02.08.2013, S. 28726).

²⁰ AYM, E.2009/67, K.2009/119, 01.10.2009, (RG, 06.11.2010, S. 27751).

²¹ AYM, B.No: 2015/19496, 17.01.2019, par. 43, (RG, 15.02.2019, S. 30687). "Anayasa'nın 67. maddesinde seçilme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte seçilme hakkının mutlak ve sınırsız bir hak olduğu düşünülemez. Nitekim anılan maddenin dördüncü fıkrasında yer verilen "Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir." ifadesi ile kanun koyucuya bir takdir alanı tanınmıştır. Seçilme hakkına ilişkin olarak kanun koyucuya tanınan bu takdir yetkisinin özünde bir sınırlama yetkisi de içerdiği anlaşılmaktadır. Öte yandan Anayasa'da diğer bazı haklardan farklı olarak seçilme hakkının sınırlanması hususunda kanun koyucuyu bağlayan belli bir meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun seçilme hakkının sınırlanması hususundaki takdir aralığının geniş olduğu ifade edilebilir. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisinin nihai olarak Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu açıktır."

²² AYM, E.2017/162, K.2018/100, 17.10.2018, par. 128, (RG, 03.01.2019, S. 30646).

Anayasa’da koruma altına alınan bir siyasi hak olan Cumhurbaşkanlığı seçilme hakkına kanunla sınırlama getirilebileceği kabul edilse dahi getirilen sınırlamaların özel sınırlama nedenlerine ya da pratik uyum ilkesi gereğince Anayasa’nın başka bir hükmüne dayanması gerekmektedir. Anayasa m. 76/3’te yer almayıp 2839 sayılı Kanun m. 18’e eklenen ve aynı şekilde 6271 sayılı Kanun m. 11’e geçirilen ve seçilme hakkını sınırlandıran hükümlerin bir özel sınırlama nedenine dayanmamaları nedeniyle, Anayasa’nın koruduğu hangi değerlerin uygulanmasını sağladığı araştırılmalıdır.

1. Adayların Eşit Şartlarda Yarışması

İlk olarak, Anayasa m. 76/III’te yer almayıp 2839 sayılı Kanun m. 18’e eklenen sınırlamaların, Anayasa’nın seçimlerin eşitlik ilkesine uygun olarak yapılacağını hüküm altına alan 67. maddesi hükmünün uygulaması olduğu, eşitlik ilkesi gereği kamu gücü kullanan ve fakat kamu görevlisi sayılmayan diğer görevlilerin de kapsama alınarak adayların eşit şartlarda yarışmasının sağlandığı ileri sürülebilir. Öğretide Anayasa m. 76/3’ün amacına yönelik baskın görüş de adaylık için belirli görevlerden çekilme şartıyla kamu gücü kullanan kamu görevlisi aday lehine eşitliğin bozulmaması amaçlandığı görüşüdür.²³

YSK, Anayasa m. 76/3’ün asıl amacının, seçimlerin adaylar arasında eşit şartlarda yapılmasının sağlanması olduğuna göre, kapsamda olup olmadığı açık olmayan görevlerle ilgili bu ölçüt esas alınarak yorum yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Kurul kararlarında, adayların kamu olanaklarını kullanarak seçmeni etkileme potansiyellerinin olup olmadığını değerlendirmiştir.²⁴

AİHM kararlarında da belli kamu görevindekilerin aday olamaması koşulunun, kamu görevi yürüten adayın kamu gücünü kullanarak adaylar arası eşitliğin bozulmasına sebep olamaması ve seçmenlerin bu kamu görevlilerinden gelebilecek baskılardan korunması olmak üzere iki amaca hizmet ettiği kabul edilmektedir.²⁵

²³ ARASLI, s. 49; Cemil KAYA, “Kamu Görevlilerinin Seçimlere Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 274; ABDULHAKİMOĞULLARI / ERDİNÇ, s. 228.

²⁴ Levent GÖNENÇ, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 234. YSK bu konuyla ilgili, Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği Genel Müdürünün adaylık için görevden ayrılması gerektiğine karar vermiştir. YSK, K.1983/462, 17.10.1983, (RG, 23.10.1983, S. 18200).

²⁵ Gitonas ve Diğerleri / Yunanistan, B.No: 18747/91; 19376/92; 19379/92, 01.07.1997, par. 40, (HUDOC Veritabanı).

Bununla birlikte Anayasa'nın seçimlerin eşit şartlarda yapılması ilkesine dayanarak seçilme hakkının sınırlanabileceği pratik uyum ilkesi gereğince kabul edilebilirse de bu sınırlamanın yine Anayasa m. 13 gereği ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Buna göre, amaçlanan sonuca ulaşmak için daha hafif bir önlem yeterli gelecekse, ağır önlemin alınması ölçülülük ilkesine aykırıdır.²⁶ Örneğin, Anayasa m. 76/3'e göre kamu görevlilerinden olmayıp yine de kamu gücü kullandığı gerekçesiyle görevini sürdürmesi seçimlerin eşit şartlarda yapılmasına engel olacağı düşünülen adayların aylıksız izinli sayılarak görevlerini sürdürmeleri ve seçimlere müdahaleleri engellenebilecekken görevden çekilme şartı getirilmesi ya da görevden çekilmiş sayılması ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Dahası, yürütme organı içinde kamu gücünün asıl kullanıcısı olan ve özellikle 2017 Anayasa değişiklikleriyle birlikte gücü artan Cumhurbaşkanının ve Cumhurbaşkanınca yasama organının onayına gerek olmaksızın serbestçe belirlenen Cumhurbaşkanı Yardımcıları ile bakanların seçim döneminde görevlerini sürdürebilmeleri, seçimin eşitliğini bozma olanakları oldukça sınırlı olan diğer görevlilerin kamu gücü kullandıkları gerekçesiyle görevlerinden çekilmelerini elverişsiz bir sınırlama haline getirmektedir. Bu araç açısından elverişliliği engelleyen eksik Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar için görevden çekilme şartı getirilmemiş olmasıdır. Bununla beraber ölçülülük ilkesi açısından değerlendirmeye tabi tutulacak olan temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalardır, bu nedenle var olmayan bir sınırlamanın elverişli olup olmadığı tartışılmaz. Listeye eklenen belediye başkanları, belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyelerinin de Cumhurbaşkanından ve seçimle gelmeseler de geçici olarak kamu hizmetine bağlanan bakanlardan farkları yoktur. Bunlar da dar anlamda kamu görevlisi kapsamında değildir. 5 yıl süre ile seçilmiş ve görevini sürdüren Cumhurbaşkanının tekrar aday olduğunda görevini sürdürdüğü bir seçim sisteminin, yine 5 yıl süreyle seçilip kamu hizmetinin yürütümüne geçici olarak katılan ve siyasal katılım haklarını kullanan belediye başkanlarının, belediye meclis üyelerinin ve il genel meclis üyelerinin milletvekili adaylığı için görevden çekilmeleri, Cumhurbaşkanı adayı olduklarında ise görevlerinden çekilmiş sayılmalarının eşitlik ilkesinin korunması açısından elverişli bir tedbir olmadığı açıktır. Ülke seçim çevresinde yapılan bir seçimde belediye başkanlarının da belediye meclis üyelerinin de seçimin eşitliğini bozma ihtimalleri zayıftır. Yine herhangi bir

²⁶ AYM, E.2020/21, K.2020/53, 01.10.2020, par. 31, (RG, 17.11.2020, S. 31307).

şekilde kamu gücü kullanma yetkisi olmayan siyasi parti il ve ilçe başkanlarının görevlerinin milletvekili ya da Cumhurbaşkanı adaylığıyla bağdaşmamasının, adaylar arasında kamu gücü kullananların engellenmesi ve eşit şartların sağlanmasıyla ilgisi yoktur ve Anayasa'ya aykırıdır.

2. Kamu Hizmetinin Sürekliliği İlkesi

Anayasa Mahkemesi, yakın dönem bir kararında milletvekili seçiminde aday olmak için çekilen bir kişinin göreve geri dönmesine ilişkin incelemesinde ilgili düzenlemeyi kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine dayandırmıştır:

“Seçilme hakkına yönelik olan başvuru konusu müdahale kamu hizmetlerinin sürekliliğini sağlama amacına ulaşılması maksadıyla yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması için ne tür tedbirlerin alınması gerektiği konusunda ilgili kamu makamlarının kendisinden daha iyi bir konumda ve bu nedenle de geniş takdir payına sahip oldukları görüşündedir. Ne var ki bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Tercih edilen aracın müdahaleyi ulaşmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağırlaştırması durumunda Anayasa Mahkemesinin müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı sonucuna ulaşması mümkündür.”²⁷

“Bu kapsamda başvurucunun üstlenmiş olduğu kamu hizmetini kesintisiz olarak görme ödevi vardır. Bu ödev ise kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Bir kamu görevlisi kanunun öngördüğü hâller ve mücbir sebep dışında işini bırakamaz. Diğer bir ifadeyle kamu görevlisinin işinin başında bulunma ödevi vardır. Dolayısıyla kamu görevlisinin kanunların izin verdiği ve öngördüğü koşullar dışında işi bırakması, bu ödevi aykırılık teşkil eder.”²⁸

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, çeşitli görevlerde yer alan kişilerin aday olmaları için çekilmelerinin/çekilmiş sayılmalarının anayasal dayanağı sayılacaksa, bu sınırlama da ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi, kamu hizmetini yürüten her bireyin kesintisiz olarak görevini sürdürmesini gerektirmez. Hizmeti yürüten idare,

²⁷ AYM, B.No: 2015/19496, 17.01.2019, par. 56, (RG, 15.02.2019, S. 30687).

²⁸ AYM, B.No: 2015/19496, 17.01.2019, par. 61, (RG, 15.02.2019, S. 30687).

gerekli iş bölümünü sağlayarak hizmetin gerektirdiği sürekliliği sağlamakla yükümlüdür. Bir kadroya ya da pozisyona bağlı olarak görevini sürdüren kamu görevlisinin ya da kamu hizmetini sürdüren kişilerin geçici olarak görevlerini sürdüremeyeceği durumlarda kanunlarda yer alan düzeltici mekanizmalar devreye girer ve vekalet gibi araçlarla hizmetin sürdürülmesi sağlanır. Bu bağlamda, örneğin belediye başkanının geçici olarak görevini sürdürememesi durumunda 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 45'te başkan vekilinin görevi devralması öngörülmüştür. Adaylıkla çeşitli görevlerin bağdaşmamasının gerekçesi kamu hizmetinin sürekliliği ilkesiyse, kamu hizmeti gören, kamu görevlisi olmadıkları için m. 76/3 kapsamında olmayan görevlilerin aylıksız izin ve vekalet gibi araçlarla kamu hizmetinin sürekliliği sağlanabilecekken kişilerin siyasi bir hakkı olan seçilme haklarını kullanmalarını engelleyebilecek tedbirler zorunlu/gerekli değildir. Bu nedenle temel hakka daha az müdahale eden sınırlama mevcutken görevden çekilme/çekilmiş sayılma şartının getirilmesi Anayasa'ya aykırıdır.

3. Kamu Görevlilerinin Tarafsızlığı

Adaylıkla bağdaşmayan görev şartının dayanağı, adayların kamu gücü kullanmalarının önlenmesi ya da kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması değil, kamu hizmetinin eşitlik ilkesinin bir gereği olan kamu görevlilerinin tarafsızlığının sağlanması olarak kabul edilmelidir. Anayasa koyucunun amacı, m. 76/3'te sayılan kişilerin adaylıkları halinde yürüttükleri kamu hizmetinin gerektirdiği tarafsızlığı korumaktan ibarettir. Gerçekten, Anayasa m. 68/5 ile kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmaları yasaklanmış ve yasal düzenlemelerle tarafsızlıkları sağlanmaya çalışılmış, siyasi faaliyetler disiplin suçu kapsamına alınmıştır.²⁹ Bu düzenlemelerle kamu hizmetinin eşitliği ilkesi güvence altına alınmaya çalışılmıştır. M. 76/3'ün de m. 68/5'in özel bir görünümü olarak ve üstlendikleri kamu hizmetlerini tarafsız olarak sunma yükümlülüğü altına giren kamu görevlilerinin aday olduklarında bağımsız da olsalar siyasi olarak bir tercih açıklamaları zorunlu olduğundan Cumhurbaşkanı adaylığı için görevden çekilmenin/çekilmiş sayılmanın kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesinin gereği olarak kabul edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında, milletvekili adayı olabilmek için görevinden çekilen hâkimin göreve geri dönememesi üzerine yaptığı bireysel başvuru kararında hakimlerin tarafsızlığının sağlanması amacıyla yapılan bu müdahalenin seçilme hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.³⁰

²⁹ GÜNDAY, s. 604-605; KAYA, s. 274.

³⁰ AYM, 1. B, B.No: 2015/7352, 26.9.2019, (RG, 23.10.2019, S. 30927).

M. 76/3'te belirlenen adaylıkla görevin bağdaşmaması kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesinin bir gereği kabul edildiğinde de görevleri gereği tarafsız olmaları gerekmeyen kişilerin görevden çekilmelerinin gerekmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Anayasa, siyasi partilere üye olma yasağını ve tarafsızlık zorunluluğunu kamu görevlileri için öngördüğüne göre ilke olarak siyasi parti bağı olan belediye başkanlarının, belediye meclis üyelerinin ve il genel meclisi üyelerinin milletvekili ya da cumhurbaşkanı adaylıklarının görevleriyle bağdaşmaması Anayasa'ya aykırıdır. Bunun yanında yine kamu görevlisi sayılmayan ve Anayasa'da yer almamasına karşın 2839 sayılı Kanun m. 18'e sonradan eklenen ve 6271 sayılı Kanun m. 11'e doğrudan geçirilen, siyasi parti üyesi olmalarına izin verilen yani tarafsız kalmaları Anayasa tarafından zorunlu kılınmayan tüm görevlilerin görevden çekilme/çekilmiş sayılma şartları Anayasa'ya aykırı hale gelmektedir.

V. GÖREVE GERİ DÖNME SORUNU

6271 sayılı Kanun m. 11/2'de, milletvekili ve mahalli idareler seçimlerindeki (298 sayılı Kanun - Ek madde 7) kural tekrarlanmış ve adaylığı nedeniyle görevinden ayrılan kamu görevlilerinin göreve dönmesi düzenlenmiştir. Buna göre,

“Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar³¹ ile subay ve astsubaylar hariç olmak üzere, Cumhurbaşkanlığı aday gösterilen Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri hâlinde, Yüksek Seçim Kurulunca Cumhurbaşkanının seçildiğinin ilân edilmesini takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler.”

AYM, milletvekili aday olmak için istifa ettikten sonra göreve geri alınmamayı, seçilme hakkına yönelik bir müdahale olarak değerlendirmektedir.³² Bu nedenle, 6271 sayılı Kanun m. 11/2'ye göre göreve dönme de seçilme hakkı bağlamında değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre adayın geri dönmesiyle ilgili idarenin takdir yetkisi yoktur, bağlı yetki söz konusudur.³³

31 Ne 6271 sayılı kanunun, ne de 5375 sayılı kanunun gerekçelerinde veya TBMM görüşmelerinde “bu meslekten sayılanlar” ibaresinin ne anlama geldiği açıklanmamıştır kanımızca bu duruma örnek olarak 6216 sayılı kanunun 24. Maddesi gereğince görevlerini hakimlik teminatına uygun şekilde yerine getirecekleri belirtilen Anayasa Mahkemesi raporörleri gösterilebilir.

³² AYM, B.No: 2015/19496, 17.01.2019, par. 39, (RG, 15.02.2019, S. 30687).

³³ ABDULHAKİMOĞULLARI / ERDİNÇ, s. 242.

Adaylığın kesinleşmesiyle birlikte görevden ayrılmış sayılan görevlilerin seçimi kaybetmesiyle görevlerine dönecekleri kuralının bir istisnası vardır. Dar anlamda kamu görevlisi kapsamında olan yüksek mahkeme üyelerinin, hâkim ve savcılarının, subay ve astsubayların seçilememeleri halinde göreve dönme şansları yoktur. Bunun nedeni, tarafsızlıkları mutlak olması gereken bu kişilerin bir kere siyasi görüşlerini açıklamakla artık objektif olarak tarafsızlık görünümü veremeyecekleri düşüncesidir.³⁴ 6271 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrası biri göreve dönemeyecek, diğeri ise göreve dönebilecek iki kamu görevlisi grubu tanımlamaktadır. Birinci fıkrada sayılan ve dar anlamda kamu görevlisi olarak nitelenemeyecek kişiler hakkında ise açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca kanun boşluğuna dayanılarak bir temel hakkın sınırlandırılması mümkün olmadığı için bu kişilerin de görevlerine dönmeleri mümkündür. Bu nedenle 2012 tarihli 6271 sayılı Kanun'dan önce yürürlüğe girmiş kanunlarda aksi yönde düzenleme olsa dahi zımnen ilga edilmiş sayılmalı ve Cumhurbaşkanı adayı olup seçilemeyen kişilerin ayrıldıkları göreve dönmeleri sağlanmalıdır.

Seçimle belli bir süre için işbaşına gelinen görevlerde olup adaylık için çekilmiş olan kişilerin bu görevlerine geri dönmeleri Danıştay tarafından kabul edilmemektedir.³⁵ Danıştay, milletvekilliği için görevinden çekilen belediye başkanının göreve dönme talebi üzerine açtığı davada, belediye başkanının göreve dönebilmesi için yapılacak seçimi kazanması gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Ayrıca, dekan olan davacının milletvekili adayı olup seçimi kazanamayınca dekanlık görevine geri dönme talebinin kabul edilmemesi üzerine açılan davada Danıştay, seçimle belli bir süreliğine gelinen görevlerin genellikle ikinci bir görev olup, uyuşmazlıktaki gibi kişinin asıl görevine – somut olayda öğretim üyeliğine- atanmasının yeterli olduğu sonucuna varmıştır.³⁷ Kanımızca Danıştayın bahsi geçen kararları yukarıda gösterdiğimiz sebeplerle Cumhurbaşkanı adaylığı durumunda hem Kanun'a hem de Anayasa'ya aykırıdır. 11. maddenin ikinci fıkrasında göreve dönemeyeceği açıkça düzenlenenler dışındakilerin tamamının göreve dönmeleri mümkündür. Aksi yorum AYM'nin de belirttiği üzere eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. AYM'ye göre, Anayasa ayırım yapmamışken kanun koyucunun ayırım yapıp belirli bir kısımdaki yöneticilere göreve dönme olanağı sağlanması eşitlik ilkesine aykırıdır.³⁸

³⁴ GÖNENÇ, s. 239; ABDULHAKİMOĞULLARI / ERDİNÇ, s. 241-242.

³⁵ KAYA, s. 284.

³⁶ D. 8. D. E.1988/670, K.1988/613, 28.09.1988, (UYAP - Danıştay Bilgi Bankası).

³⁷ D. 8. D. E.1996/5080, K.1997/874, 14.03.1997, (UYAP - Danıştay Bilgi Bankası).

³⁸ AYM, E.2019/6, K.2019/25, 11.04.2019, (RG, 30.05.2019, S. 30789).

VI. 6271 SAYILI KANUN'UN 11. MADDESİNİN YARGISAL DENETİMİ SORUNU

A. Görevden Çekilmiş Sayılma Kararının Niteliği

6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu m. 11'e 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu m. 18'den adaylıkla bağdaşmayan görevler aktarılırken bir farklılık yapılmış ve adaylık için görevden çekilme şartı aranması yerine, belirli görevlerdeki kişilerin "aday listesinin kesinleştiği tarih itibarıyla görevlerinden ayrılmış" sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Aynı fıkranın son cümlesinde de bu durumun "Yüksek Seçim Kurulunca aday gösterilenin bağlı bulunduğu bakanlığa veya kuruma derhal" bildirileceği düzenlenmiştir.

Aday listesinin kesinleşmesi, m. 9'a göre Yüksek Seçim Kurulunca geçici aday listesinin belirlenmesi, Resmî Gazetede yayımlanması ve m. 10/1'e göre ilandan itibaren iki gün içinde "geçici aday listesine veya bu listeye alınmamaya ilişkin karara karşı Yüksek Seçim Kuruluna itiraz" edilmesi durumunda m. 10/2'ye göre Yüksek Seçim Kurulunun itirazları kesin olarak karara bağlaması, itiraz edilmemesi durumunda itiraz süresinin geçmesiyle olur ve Resmî Gazetede yayımlanır.

Aday listesinin kesinleşmesiyle birlikte Yüksek Seçim Kurulunun m. 11/1 kapsamında gördüğü adayların bağlı oldukları bakanlıklara veya kurumlara bildireceği düzenlenmiştir. Bu bildirimde yer alan ve görevlerinden çekilmiş sayılan adayların başvurabilecekleri bir yol ise öngörülmemiştir.

Yüksek Seçim Kurulunca yapılan bildirim niteliği, bu işleme karşı olan başvuru yolları ve 6271 sayılı Kanun m. 11'in yargısal denetimi konusunda belirleyicidir. Eğer bu bildirim Yüksek Seçim Kurulunun seçime ilişkin bir işlemi sayılırsa m. 2/5'in yollamasıyla Cumhurbaşkanlığı seçiminde uygulanan 298 sayılı Kanun m. 131 gereği yine Yüksek Seçim Kuruluna şikâyet yoluna gidilebilecek ve Anayasa m. 79/2'ye göre bu karara karşı bir başka bir yargı yoluna gidilemeyecektir.

6271 sayılı Kanun m. 2/5 yollamasıyla Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de uygulanan 298 sayılı Kanun'un 131. maddesi şu şekildedir:

"Her türlü seçimin devamı sırasında, Yüksek Seçim Kurulunun itiraz eylediği veya itiraz yolu ile verdiği kararlar dışında kalan işlemleri, tedbirleri ve sair muameleleriyle, bu kanunda başka bir mercie şikâyet veya başvurma yolu gösterilmemiş ve fakat alt kurulların görevleri sınırlarını aşmış olan veya bu mahiyette bulunan, kanuna aykırı hareketlerden dolayı 110 uncu maddede

*gösterilenler tarafından, yazılı olarak, doğrudan doğruya,
Yüksek Seçim Kuruluna şikâyet olunabilir.”*

Kanımızca, Yüksek Seçim Kurulunun Cumhurbaşkanlığı aday listesinin kesinleşmesiyle birlikte m. 11/1 kapsamında gördüğü görevlilerin kurumlarına yaptığı bildirim bir seçim uyuşmazlığının çözümü olmamakla birlikte, 298 sayılı Kanun m. 131 kapsamı dışında değerlendirilebilecek bir işlem olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir. Bu bağlamda bildirim işlemine karşı yine Yüksek Seçim Kuruluna şikâyet başvurusunda bulunulmalıdır.

B. Somut Norm Denetimi

Yüksek Seçim Kurulunun aday listesinin kesinleşmesiyle birlikte m. 11/1 kapsamında değerlendirdiği görevlilerin başkanlığına ya da kurumlarına yaptığı bildirim idari işlem sayılması ve idari yargı yoluna gidilmesi durumunda davaya bakmakta olan idari yargı yerinin somut norm denetimi yolunu işleterek m. 11'i Anayasa Mahkemesine taşıması olanaklıdır.

Yüksek Seçim Kurulu kararının bildirim işlemi idari işlem sayılmadığı takdirde şikâyet yoluna gidilmesi durumunda ise Yüksek Seçim Kurulunun “uyuşmazlığa bakmakta olan mahkeme” olarak somut norm denetimi mekanizmasını işletmesi konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Yüksek Seçim Kurulu ve Anayasa Mahkemesi, 1961 döneminde verdikleri kararlarda³⁹ Yüksek Seçim Kurulunu yargı görevini yerine getirirken somut norm yoluna başvurabilecek bir mahkeme olarak değerlendirmişlerse de 1982 Anayasası döneminde bu içtihatlarından dönmüşlerdir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, 1973 yılında Sayıştay ile ilgili verdiği bir kararda YSK'nin yargısal niteliğini şu gerekçelerle kabul etmiştir:

“Yüksek Seçim Kurulu, altı üyesi Yargıtay, beş üyesi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından seçilmek yolu ile oluşur (Anayasa : Madde 75/3). Bu üyeler aslında Anayasa uyarınca bağımsız, hâkimlik teminatı ve yargılama yetkisiyle donatılmış kimselerdir; esas yerleri Anayasa'nın Yargı

³⁹ YSK, K.1963/618, 03.12.1963, (RG, 18.12.1963, S. 11584); AYM, E.1967/13, K.1969/5, 14.15.16.01.1969, (RG, 14.04.1970, S. 13471).

⁴⁰ YSK, K.1995/364, GÖNENÇ, 2009, 286; AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18.02.1992, (RG, 13.05.1992, S. 21227).

*Bölümündedir. Öte yandan Yüksek Seçim Kuruluna seçimlerin yönetim ve denetimi yanında yine Anayasa ile (Madde 75/1) "seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama" yetkisi verilmiştir. Niteliği, görev ve yetkileri Anayasa'nın açık hükümleriyle böylesine belirlenen bir kuruluşun, Anayasa metnindeki yeri elbette ki yine Anayasa ile belirlenen niteliğini etkilemez."*⁴¹

Anayasa Mahkemesi, 1992 yılında verdiği kararda ise bir merciin mahkeme olarak görülebilmesi için temelde şu üç kriteri aramıştır: Karar organlarının hakimlerden oluşması, yargılama tekniklerini uygulayıp genelde dava yoluyla uyuşmazlıkları çözmekle görevli olması ve Anayasa'da sayılan, başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı kollarından birinde yer alması.⁴² Bu kararda Anayasa Mahkemesi İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının "bir davaya bakmakta olan mahkeme" olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Bireysel başvuru yolunun hukukumuzda girmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi seçim uyuşmazlıklarına ilişkin yapılan bireysel başvurularda seçim kurullarının niteliğini yeniden değerlendirmiştir. Mahkeme, İlçe Seçim Kurullarının "mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 36. maddesinde 'yargı yeri' olarak belirlenen organlardan" olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁴³ YSK kararlarına karşı yapılan bireysel başvurularda ise Anayasa Mahkemesi YSK'nin yargı yeri olup olmadığı tartışmasına girmeden, Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrasındaki YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurma yasağından yola çıkarak YSK yargı yeri olarak kabul edilse dahi bireysel başvuru yapılamayacağından konu bakımından yetkisizlik kararları vermiştir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin içtihatları ışığında öğretide somut norm denetimi yolunun işletilmesi halinde Anayasa Mahkemesinin YSK'yi de "yargı yeri" olarak kabul edeceği görüşü savunulmaya başlanmıştır.⁴⁵ Ancak Anayasa Mahkemesi seçim kurullarını hak arama

⁴¹ AYM, E.1972/56, K.1973/11, 06.03.1973, (RG, 09.11.1973, S. 14707).

⁴² AYM, E.1992/12, K.1992/7, 18.02.1992, (RG, 13.05.1992, S. 21227); Sultan TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, "Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, 2006, s. 251.

⁴³ AYM, B.No: 2013/3912, 06.02.2014, par. 48, (RG, 13.03.2014, S. 28940).

⁴⁴ AYM, B.No: 2015/6723, 14.07.2015, par. 40, (RG, 07.10.2015, S. 29495).

⁴⁵ Abdurrahman EREN, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1054; Ömer ANAYURT, *Anayasa Hukuku*, 3. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 259.

özgürlüğü bağlamında “yargı yeri” sayarken bunların mahkemeler dışında kalmalarına karşın yargılama yapan yargı yerleri olduğunu belirtmiştir. Somut norm denetimi yoluna gidilebilmesi içinse geniş anlamda yargı yeri nitelemesi yetmemekte, Anayasa’nın 152. maddesine göre “bir davaya bakmakta olan mahkeme” gerekmektedir. Güncel içtihatlar göz önüne alındığında YSK’nin yargı yeri olduğu kabul edilse de “davaya bakmakta olan mahkeme” sıfatıyla somut norm denetimine başvuramayacağı ortaya çıkmaktadır.

C. Bireysel Başvuru

Görevden çekilmiş sayılma sonucu doğuran YSK bildirimini YSK’nin seçim hukukuna ilişkin bir kararı sayıldığında ve şikâyet yolundan sonuç alınmadığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidilmesi Anayasa Mahkemesinin güncel içtihatları göz önüne alındığında olanaklı değildir.

İlk olarak, bireysel başvuru yoluna yalnızca Anayasa’da güvence altına alınmış ve AİHS kapsamında olan hak ve özgürlükler için gidilebilir. Seçilme hakkını da kapsayan AİHS Ek 1 No’lu Protokolün “Serbest Seçim Hakkı” başlıklı 3. maddesi ise yalnızca yasama organının seçilmesinde uygulanabilir niteliktedir. Halk tarafından ilk kez Cumhurbaşkanının seçildiği 2014 seçimlerine ilişkin yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi P1-3’ün Cumhurbaşkanlığı seçimini kapsamaması nedeniyle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.⁴⁶ 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında hükümet sisteminin değişmesi ve Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile asli kural koyma yetkisi verilmesi sonrasında tartışılabilir hale gelmişse de Cumhurbaşkanı seçiminin Anayasa Mahkemesince “yasama organının seçilmesi” olarak görülmesi olası gözükmemektedir.

Konu bakımından yetkisizliğe ek olarak AYM, 2015 yılında verdiği Atilla Sertel Başvurusu kararında, YSK’nin yargı yeri olup olmamasının veya kararlarının hukuki nitelikte olup olmamasının önemli olmadığını, bu niteliklerin kabulünde dahi Anayasa m. 79/2 ve 298 sayılı Kanun m. 132’de öngörülen, Kurulun kararlarının kesin olduğu ve aleyhine hiçbir mercie başvuru yapılamayacağı hükümlerinden yola çıkarak, YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olduğu sonucuna varmıştır.⁴⁷ Mahkeme bu kararında, 6216 sayılı Kanun m. 45/3’te yer alan “...Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler bireysel başvurunun konusu olamaz” hükmünden hareketle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. YSK

⁴⁶ AYM, B.No: 2014/11717, 4.11.2014, (RG, 13.01.2015, S. 29235).

⁴⁷ AYM, B.No: 2015/6723, 14.07.2015, par. 40, (RG, 07.10.2015, S. 29495).

kararlarına karşı yapılan bireysel başvurularda AYM, bu kararda oluşturduğu içtihadını istikrarlı biçimde tekrar etmektedir.⁴⁸

SONUÇ

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönteminin kabul edilmesiyle beraber doğal olarak bu süreci düzenleyecek bir kanun ihtiyacı doğmuş ve 2012 yılında ilk Cumhurbaşkanlığı seçiminden önce 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu kabul edilmiştir. CBSK'nın 11. maddesi, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 18. maddesinde yer alan aday olmadan önce görevden çekilmesi gerekenlere dair listeyi aynen aktarmıştır. Oysaki Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı adaylığını düzenleyen 101. maddesi, 2839 sayılı Kanun'un dayanağını oluşturan Anayasa'nın görevden çekilecek kamu görevlilerini sınırlı sayıda sayan 76. maddesinin üçüncü fıkrasına atıf yapmamakta, sadece milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen ilk iki fıkrasına atıf yapmaktadır. Bu durumda CBSK'nın 11. maddesi anayasal dayanağı olmayan bir seçilme hakkı sınırlamasıdır.

Eğer Anayasa'nın 101. maddesinin, 76. maddenin tamamına atıf yaptığı kabul edilse dahi; CBSK'nın 11. maddesinde sayılan liste, Anayasa'nın sınırlı sayıda sayarak kanunla düzenlemeye kapattığı listeden daha geniş olduğu için Anayasa'ya aykırıdır.

Anayasa'nın 76. maddesinin kanun ile düzenlemeye izin vermemesine rağmen kanun ile yapılacak düzenlemenin Anayasa'nın 67. maddesi hükmüne dayandırılabilirliği iddia edilse dahi bu kez de 67. maddede özel sınırlama sebeplerinin bulunmaması, sınırlamanın pratik uyum ilkesine dayanmasını gerektirmektedir. CBSK'nın 11. maddesinde yer alan düzenleme için ancak kamu hizmetinin tüm bireylere eşit biçimde ve tarafsızlık ilkesine uygun olarak verilmesine dayanılması mümkündür. Bu gerekçe ise görevleri süresince bir siyasi partinin üyesi olan seçimle gelmiş yerel yönetim makamları için geçersiz, en geniş anlamda dahi kamu görevlisi sayılmayacak siyasi parti üyeleri içinse anlamsızdır. Bu nedenlerle CBSK'nın 11. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

CBSK'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında seçilememesi halinde göreve dönecekler bakımından sadece dar anlamda kamu görevlilerine dair

⁴⁸ Aynı yönde kararlar: AYM, B.No: 2015/8818, 14.07.2015, (RG, 07.10.2015, S. 29495); AYM, 2. B, B.No: 2015/6402, 19.11.2015, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası); AYM, 1. B, B.No: 2015/8764, 18.11.2015, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası); AYM, 1. B, B.No: 2017/20127, 07.06.2017, (RG, 07.07.2017, S. 30117); AYM, 1.B, B.No: 2014/3531, 09.06.2016, (Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası).

düzenlemeler yer almakta, mehz kanunun yapıldığı dönemde görevden çekilme zorunluluğu getirilmemiş olan listenin kalanı içinse hüküm bulunmamaktadır. Kanun boşluğuna dayanarak seçilme hakkı sınırlanamayacağı için CBSK'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça göreve dönemeyeceği belirtilen kamu görevlileri dışında kalan kişilerin görevlerine geri dönmesi gerekir. Bu yorum aynı zamanda CBSK 11. maddenin birinci fıkrasından kaynaklanan temel hak ihlalini de hafifletecektir. Cumhurbaşkanlığına adaylık nedeniyle görevden çekilmeyi düzenleyen CBSK 11. madde hükmü, 2012'den önce kabul edilen kanunlara kıyasla sonraki tarihli, diğer görevden çekilme hallerini düzenleyen hükümlere kıyaslaya özel hüküm olması nedeniyle çatışma halinde uygulanmalıdır.

Ne var ki, Anayasa'ya aykırı olduğunu yukarıda gösterdiğimiz Kanun maddesi hakkında şu an için ülkemiz hukukunda kullanılabilir bir başvuru yolu bulunmamaktadır. YSK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması ve YSK'nin geniş anlamda yargı yeri olarak kabul edilebilirse de mahkeme olarak kabul edilmemesi somut norm denetimini, AİHS'nin ise sadece parlamento seçimlerini güvenceye alması nedeniyle de bireysel başvurunun sadece milletvekili seçilme hakkı için kabul edilmesi karşısında Anayasa'ya aykırı hükmün yargı yoluyla ayıklanması mümkün gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

- ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal / ERDİNÇ, Burcu, “**Kamu Görevlilerinin Milletvekili Seçimlerine Katılmak Üzere Görevden Çekilmeleri ve Göreve Dönmeleri**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 4, 2015, ss. 227 – 258.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 12. B., Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ANAYURT, Ömer, **Anayasa Hukuku**, 3. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ARASLI, Oya, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekili Adaylığı**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1972.
- DÖNER, Ayhan, “**Geçmişten Günümüze Kamu Görevlilerinin Adaylığı**”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 4, 2009, ss. 737-776.
- DÜNDAR SEZER, Tijjen, “**1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları**”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, 2014, ss. 375-411.
- EMRAH ODER, Bertil, “**Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler**”, *Kamu Hukuku Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2013.
- EREN, Abdurrahman, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÖNENÇ, Levent, **Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GÖNENÇ, Levent, “**Yüksek Seçim Kurulunun Mahkeme Niteliği Üzerine Bir Değerlendirme**”, *Mümtaz Soysal’a Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 2009, ss. 281-292.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I-II, 3. B., Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. B., İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- KAYA, Cemil, “**Kamu Görevlilerinin Seçimlere Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi**”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2004, ss. 273-290.

ONAR, Erdal, “**1982 Anayasasının 2007 yılında 5678 sayılı Kanunla Değiştirilmesi Süreci Üzerine Düşünceler**”, *Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss. 487-547.

SAĞLAM, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.

TAHMAZOĞLU UZELTÜRK, Sultan, “**Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Seçim Sistemleri**”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, 2006, ss. 237-278.