

DANIŞTAY’IN NAKLEN ATAMALARDA “AİLE BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA EŐ DURUMUNUN GÖZETİLMESİ” İLKESİNE YAKLAŞIMI

COUNCIL OF STATE’S APPROACH TO “TO TAKE CARE OF PARTNER’S SİTUATION” WHILE TRANSFFER OF PUBLIC SERVANTS BY APPOINTMENT

Seçkin YAVUZDOĐAN*

Özet: Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi, Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlölük yüklemiştir. Özellikle naklen atama işlemlerinde takdir yetkisinin kullanılmasına ilişkin durumlarda nelere dikkat edilmesi konusunda DaniŐtay’ın görüŐlerini belirttiği DaniŐtay kararlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Kamu hizmeti, kamu görevlisi, naklen atama, aile birliği, eŐ durumunun gözetilmesi

Abstract: Protecting the unity of family is one of the most important constitutional rule. We have particularly mentioned the Council of State decisions where the supreme court has given opinions referring to what caution should be given in using discretionary powers in transfer procedures by appointment.

Keywords: public service, public servant, transfer of public servant by appointment,unity of family, to take care of partner’s situation

GİRİŐ

Kamu hizmetini etkin, verimli ve amacına uygun bir şekilde yürütmekle mükellef bulunan idare, bu amacın gerçekteşmesinde aktif rol oynayan kamu görevlileri üzerinde belli tasarruflarda bulunabilir. Çünkü, belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Buna karşılık aynı idarenin yapacağı bu tasarruflar kamu görevlilerinin kişisel, özlük haklarına, daha geniş bir ifadeyle mevzuata aykırı olamayacaktır.¹

* Yrd.Doç.Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı
1 Cemil Kaya, “Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu Madde 72”, SÜHFD,C.6, 1998, s.638.

Kamu hizmetinin kişi unsurunun büyük bir kısmını devlet memurları oluşturur. Dolayısıyla devlet memurlarının hukuki statüsü, idarenin işleyişinde önemli bir etkidir. Devlet memurlarının nitelikleri, atanmaları, çalışma koşulları, memurluk statüsünün sona ermesi gibi sebeplerin yanı sıra nakilleri de memurluk mesleğinin dolayısıyla idarenin niteliğinin etkin bir göstergesidir. Devlet memurlarının hangi koşullarda görevlerinin ve yerlerinin değiştirilebileceği hususu yürüttükleri kamu hizmetinin içeriğini doğrudan etkiler.

Maddi ve manevi getirilerinin yeterliliği tartışmaya açık olan devlet memurluğunu meslek olarak seçen, hayatını bu işe adayan bir kişi için kötüye kullanılabilir bir naklen atama yetkisi yıkım olabilir. Kamu personel hukukunun uygulamaya yansıyan en büyük sorunu naklen atamalardır. Zira mevzuatın yetersiz olması ve idareye geniş takdir hakkı tanımış olmasından dolayı "naklen atamalardaki hukuka aykırılıklar" adeta kanayan yara niteliğindedir.

Anayasa'nın 41. maddesinin 1. ve 2. fıkrası "Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" şeklindedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrası ise "Yeni den veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aile biriminin muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır. Yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde, personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarda izin verilebilir." şeklindedir. Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Devlet Memurları Kanunu madde 72/2'de sözü edilen hüküm eşi arzu ettiği takdirde aynı yerde çalışmasına dolayısıyla aile birliğini korumaya matuftur. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refa-

hını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük getirmiştir.

Danıştay'a göre, bu maddeyle Anayasa koyucu aileyi parçalamaktan kurtarmak, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunu devam ettirmek ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamı sağlamak amaçlarını taşımıştır.²

"Nakil" kelimesi, diğer sözlük anlamları yanında, bir memurun bir yerden başka bir yerdeki göreve atanması anlamında da kullanılmaktadır. Güran nakil kavramını, "Tahvil, esas itibariyle amme hizmetinin iyi işlemesi, idare cihazının rasyonel ve verimli çalışması için tatbiki gereken bir tedbir ve müessesedir"³ şeklinde, Can ise "Nakil ilke olarak kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idari bir tasarruftur"⁴ şeklinde tanımlamıştır.

Devlet memurlarının naklen atanmalarına ilişkin kurallar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun IV. Kısımında yer alan "yer değiştirme" başlıklı 3. Bölümünde düzenlenmiştir. 72.madde "yer değiştirme suretiyle atama", 73.madde "karşılıklı olarak yer değiştirme", 76. madde "memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi" ne ilişkindir. Aynı bölümde vekalet görevi, ikinci görev yasağı, ders görevi gibi nakille alakalı olmayan düzenlemelere de yer verilmiştir. Sınıf değişikliğine dair 71. madde hükmü nakile ilişkin olmasına rağmen 2. Bölümde düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda aynı anlam değişik kelimelerle ifade edilmektedir. Örneğin, kanunun inceleme konumuzla ilgili hükümlerini içeren 3.bölümünde başlık olarak "Yer değiştirme" kelimesi kullanıldığı hâlde, aynı Kanunun 72.maddesinde "Yer deği-

² Danıştay 5. Dairesi'nin 25.1.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, *DD.*, S.91, s.513, 1996.

³ Sait Güran, "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addi", *İÜHFM*, C.XXIX, S.1-2, 1963.

⁴ Cavit Can, "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", *DD.*, Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.

tirme suretiyle atama" dan söz edilmekte, 74.maddesinde "Memurların bir kurumdan diğerine nakilleri"nden bahsedilmekte, 76.maddesinde de "Memurların kurumlarınca görevlerinin ve yerlerinin değiştirilmesi"nde uygulanacak ilkeler gösterilirken, aynı maddenin ilk fıkrasında "naklen atayabilirler" sözcüklerine de yer verildiği görülmektedir. Ayrıca, "Buldukları yerden başka yerlerdeki görevlere nakledilen" memurların aylıklarının verilmiş şeklini düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 169.maddesinde de "görev yeri değiştirilen" memurlardan söz edildiği de göz önünde tutulacak olursa, hukuk dilimizde aynı kurumu ifade eden sözcüklerin seçimi ve kullanılmasında ortak bir yol izlenmediği kolayca anlaşılmaktadır.⁵ Bu bağlamda adı geçen terimleri eş anlamlı olarak belirtmek gerekir. Naklen atama, "yer ve görev değişikliği" olarak anlaşılmalıdır.

Bütün idarî faaliyetlerde ve bu faaliyetlerin yerine getirilmesi amacıyla yapılan bütün idarî işlemlerde amaç kamu hizmetidir. Yani bu gibi işlemlerle de varılması düşünülen hedef kamu hizmetinin naklen atanılan yerde daha rasyonel ve daha verimli olarak yerine getirileceği inancıdır⁶. Naklen atamalara memurun üst makamlara hazırlanması, kurum ve dairelerde belirli birimlerde yığılmaları düzenlemek, tatmin ve ödüllendirme veya başka gerekçelerle başvurulabilir. Naklen atama hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu amaçla tesis edilen bir işlem memuru cezalandırma amacına yönelik bir müeyyide olarak görülmemeli, kamu hizmetini ön planda tutan bir araç olarak görülmelidir. Ancak en tehlikeli kullanım naklen atamaların cezaya, bir idari yaptırıma dönüşmesidir ve bunun örnekleri de azımsanmayacak derecededir.⁷

Bu açıklamalardan sonra naklin tanımını yapmak gerekirse nakil, ilke olarak, kamu hizmetinin iyi işlemesi, idarenin fonksiyonlarını rasyonel ve verimli olarak yerine getirmesi için başvurulması gereken idarî bir işlemdir. Devlet memurlarının aynı hizmet örgütü

⁵ Mustafa Avcı, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002, s.37.

⁶ Can (1981): s.96.

⁷ Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003, s.153.

içinde başka bir yere veya göreve naklen atanmasında göz önünde tutulacak amaç kamu hizmetidir.⁸ Memur ise, bu fonksiyonun en iyi bir şekilde ifası için bir takım yetki ve görevler taşıyan kişisel unsur durumundadır. O hâlde, naklen atama, hizmet yararına düşünülen bir kurum olduğuna göre, bu kurumun pozitif esaslarını koyarken ön plânda “hizmeti” bulundurmamak, sistemi sadece kamu hizmetinin en iyi şekilde görülmesini sağlamak şeklinde düzenlemek, daha sonra da bu anlayış ve uygulamanın yanında kamu görevlilerini de güvenmeden yoksun bırakmamak ve özellikle naklin aslî niteliğini unutarak onu, bir disiplin cezası veya memur aleyhine bir müeyyide olarak kullanmamak gerektiğine özen göstermek lazımdır⁹. Memur güvenliğini en fazla tehdit eden ve idarecilerin keyfi kullanımına açık olan bu nedenle de en fazla uyumsuzluk doğuran konulardan birisi naklen atamalardır.¹⁰ Sık sık yapılacak naklen atamalar uzmanlaşmayı engelleyebilir ve yürütülen kamu hizmetinin yavaşlamasına, kalitenin düşmesine sebebiyet verebilir. Ayrıca naklen atama işlemi tesis edilirken memurun ailesinin karşılaşılabileceği muhtemel sorunlar da göz ardı edilmemelidir.¹¹

Bu çalışmada sırasıyla aile ve aile birliğinin tanımından sonra naklen atamalarda “eş durumunun gözetilmesi” yükümlülüğünün doğması için bulunması gerekli şartlar, idarenin “eş durumunun gözetilmesi” yükümlülüğünü ortadan kaldıran haller ve eşin atanacağı yerde diğer eşin çalıştığı kurumun teşkilatının bulunmaması durumunda yapılması gerekenler incelenecektir.

I. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NDA AİLE VE AİLE BİRLİĞİ

Aile birliğinin korunması ilkesi, sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu önemine binaen Anayasanın 41.maddesi Devlete, aile birliğini korumak, huzur ve refahını sağlamak ve bu konuda gereken tedbirleri almak konusunda bir yükümlülük yüklemiştir.

⁸ Avcı (2002): s.38.

⁹ Güran (1963): s.155-176.

¹⁰ Oğurlu (2003): s.151.

¹¹ Oğurlu (2003):s.155.

Anayasa'nın "Ailenin Korunması" kenar başlıklı 41. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanun'un 03.10.2001 tarihinde kabulü ve 15.10.2001 tarihinde 24556 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle değiştirilmiştir. Bu değişiklikte Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına "ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiştir. Değişiklik sonrasında 41. madde aşağıdaki hali almıştır: "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." Anayasa'nın 41. maddesinin ailenin korunması açısından iki önemli açılımı vardır.¹² Bunlardan ilki, yapılan değişiklikte eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulmasıdır. Değişiklik gerekçesinde, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik bir düzenleme getirme amacı vurgulanmıştır. Diğeri, ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir.¹³ Madde gerekçesinde, ailenin sosyal yapısının ve millet hayatında oynadığı rolün, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kıldığı belirtilmiştir.

Aile kavramı Medeni Kanun (MK)'da da tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde¹⁴ dar, geniş ve en geniş anlamda aile kavramlarının tanımı üzerine görüş birliği sağlanmıştır. Dar anlamda aile, sadece eşlerden (karı ve koca) meydana gelen ve evlilik birliği esas alınarak belirlenen bir kavramdır. Geniş anlamda aile, eşlerin yanı sıra onların çocuklarını da kapsar. Anne, baba ve çocuklardan oluşan bu aileye velayet ailesi adı da verilmektedir.¹⁵

¹² Ailenin korunmasına ilişkin en açık anayasal hüküm 41. madde olmakla birlikte, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." ifadesini içeren 20. madde de ailenin korunmasına hizmet eder niteliktedir.

¹³ Emel Badur, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84,s.63.

¹⁴ Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku*, 10.bs., İstanbul, 2006, s. 5-6; Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 18-19; Şahin Akıncı, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2, s. 22. Aile kavramı ve tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Ali Uçar, *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara, 2003, s. 21 vd., Akıntürk (2006):s.6; Ayan (2004):s.18.

¹⁵ Badur (2009):s.71.

En geniş anlamda aile ise, aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlik olarak tanımlanabilir. MK'nun 367. maddesinin de dikkate alınmasıyla, en geniş anlamda ailenin aynı çatı altında yaşayan kan ve kayın hısımlarıyla, bir sözleşme ilişkisine dayanarak birlikte yaşayan dadı, hizmetçi, aşçı, çırak gibi kişileri de kapsadığı kabul olunmaktadır.¹⁶

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde sözü edilen "aile"nin velayet ailesi (geniş anlamda aile) yani anne, baba ve çocuklardan oluşan aile olduğu anlaşılmaktadır. Zira maddede "... yer değiştirme suretiyle tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ve ilgilinin de talebi halinde bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere aşağıdaki şartlarla izin verilir..." hükmü bulunmakta ve sadece eşlerden söz etmektedir. Hal böyle olunca Devlet Memurları Kanunu'nun aralarında bir kan bağı bulunmasa bile, bir ev başkanının otoritesine tabi olarak aynı evde yaşayan kişilerin oluşturduğu birlikten yani "en geniş aile"den söz etmediği açıktır.

II. NAKLEN ATAMALARDA EŞ DURUMU GÖZETİLİRKEN UYULMASI VE BULUNMASI GEREKLİ ŞARTLAR

Naklen atamalarda eş durumu gözetilirken konuyu ikiye ayırarak inceleme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Zira, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar ile eşlerin aynı kurumda çalışmaları durumunda uyulması ve bulunması gerekli şartlar farklıdır. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki genel kaide eş durumu gözetilmeden tesis edilen bir naklen atama işleminin hukuka aykırı olduğudur.¹⁷

¹⁶ Badur (2009): s.71.

¹⁷ "...Davalı idarede avukat olan davacının Bölge Müdür yardımcısı vekili olarak görev yaptığı sırada geçirdiği soruşturmaya dayanılarak Bitlis Bölge Müdürlüğüne avukat olarak naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmamakta ise de, davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığı İstanbul Devlet Kitapları Müdürlüğünde memur olarak çalıştığı anlaşıldığından, işlemin 657 sayılı Yasanın değişik 72.maddesine aykırı olarak eş durumu değerlendirilmeden tesis edilmesinde bu yönden hukuka uyarlık görülmemiştir..."Danıştay 5.Dairesi'nin 01.07.1992 tarih ve E.1991/414, K.1992/2126 sayılı kararı, DD., S.89, s.286.

A. Eşlerin Ayrı Kurumlarda Çalışmaları Durumunda Eş Durumunun Gözetilmesi

Devlet Memurları Kanunu' nun 72.maddesinin 2.fıkrasında eşlerin farklı kurumlarda veya aynı kurumun başka yerdeki teşkilâtında olmaları durumu düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir nakil işleminde eş durumunun gözetilerek işlem tesis edilebilmesi için aranan şartlar şöyledir; yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılan bir atama olması, kurumlar arasında gerekli koordinasyonun sağlanması, memur olan diğer eşin de isteğinin bulunması, atanacak eş memurun da Kanununun 74 ve 76. maddelerindeki esaslara göre atanması. Ancak nakil işlemlerinde eş durumunun gözetilmesi konusundaki bu yasal yükümlülüğe idarelerin pek uyduğu söylenemez.

1. Kurumlar Arasında Koordinasyon Sağlanması

Danıştay 5. Dairesi verdiği bir kararda Maliye Bakanlığında görev yapan ve bir başka yere atanan davacının öğretmen olan eşinin durumunun atama sırasında gözetilmeden işlem tesis edilmesini iptal sebebi saymış ve kararında koordinasyon zorunluluğunun ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin ilkeyi de belirtmiş bulunmaktadır. Kararın özeti şu şekildedir;

"...Bu hükümlere göre, yer değiştirme suretiyle yapılacak atama ve nakillerde aile birliğinin korunması amacıyla koordinasyon sağlanması için nakil işleminin tesisinden önce maddede öngörülen usûle göre idarece gerekli diğer işlemlerin tamamlanması zorunluluğu açıktır. Başka bir anlatımla, 657 sayılı Kanun'un dayanağını Anayasa'nın 41.maddesinden alan 72.maddenin 2.fıkrası uyarınca, ayrı kurumlarda çalışan eşler yönünden nakil işleminin tesisinden önce kurumlar arasında koordinasyon sağlanmak suretiyle; aynı kuruma bağlı olarak çalışan eşler yönünden ise eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerlerin ilgili kurumca önceden belirlenmesi, diğer eşin isteği hâlinde bu yere nakledileceğinin kendisine tebliği şeklinde işlem yapılması gerekmektedir..." Yukarıda özetine yer verilen Danıştay kararı uyarınca kurumlar naklen atama işlemini tesis ederken eşlerin birlikte çalışabilecekleri yerleri belirlemeli ve eşin de isteğinin bulunması durumunda belirlenen yere naklinin yapılabileceğinin tebliğ edilmesi gereklidir.

Ancak, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 72. maddesi uyarınca devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorunda olan idare yürütülen bir soruşturma sonucu kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varması halinde eşin görev yaptığı kurum ile koordinasyon sağlamadan önce naklen atama yapabilir.¹⁸ Ancak Danıştay'ın genel görüşü koordinasyon sağlanması gerektiği yönündedir.¹⁹

¹⁸ "...Bu nedenle kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varılan durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Davacının Gaziantep Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü olarak görev yaptığı dönemde edindiği bazı malları bildirmemesi, haksız mal edindiği ve kurum dışında bazı kişilerle çıkar ilişkilerine girdiği yolunda ihbar ve iddialarda bulunulması üzerine açılan idari soruşturmada aynı yerde görev yapan bazı memurların ifadelerine de aynı iddialara yer verilmesi, adalet müfettişinin suç duyurusu üzerine hakkında ceza davası açılması, İdari Yargı Adalet Komisyonunun naklen atanmasını istemesi üzerine naklen Hatay Vergi Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü görevine atandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda hakkındaki iddialar ve bu iddialarla ilgili olarak açılan idari soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve sonucunda kamu hizmetinin aksayacağı kanaatine varıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir..." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 25.2.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı, DD., S.125,s.31-32, 2010.

¹⁹ ...Davacı, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme suretiyle Atanmasına İlişkin Yönetmeliğin 6.maddesine göre, 1.hizmet bölgesinde bulunan İstanbul ilindeki zorunlu çalışma süresini tamamlamış ise de, eşi İstanbul Hâlîde Edip Adıvar İlkokulunda öğretmen olarak çalışmakta bulunduğundan, bu durum göz önünde tutulmaksızın ve kurumuyla gerekli koordinasyon sağlanmaksızın davacının İstanbul Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığından Bolu Vergi Dairesi Müdür Yardımcılığına naklen atanmasında bu yönden mevzuata uyarlık bulunmadığı açıktır..." Danıştay 5.Dairesinin 4.3.1992 tarih ve E:1991/3332, K:1992/563 sayılı kararı, DD., S. 88, s.319.

...Dosyanın incelenmesinden, Konya il merkezi Selçuklu ilçesi... Ortaokulu... Öğretmeni olan davacının, görev yaptığı okulda bir bayan öğretmene karşı zaman zaman uygunsuz söz ve davranışlarda bulunarak huzursuzluğa yol açması olayına ilişkin olarak düzenlenen soruşturma raporundaki öneri üzerine Konya ili Cihanbeyli ilçesi... kasabası... öğretmenliğine atandığı anlaşılmakta olup, dava konusu nakil işlemi sebep yönünden hukuka aykırı bir durum bulunmamakta ise de, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden davacının eşinin SSK Konya Sigorta Müdürlüğünde memur olarak görev yaptığının ve davacının naklen atanması konusunda eşinin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonu sağlanması yoluna gidilmediğinin anlaşılması nedeniyle davacının nakline ilişkin işlemde bu yönden mevzuata uyarlık bulunmamakta olup, davanın reddi yönündeki mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih

2. Eşin İsteğinin Bulunması Gereği

Memurların naklen atanmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, ayrı kurumlarda çalışan eşlerden birinin hizmet gereği başka bir yere naklen atanması halinde diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyonun sağlanması ve bu eşin de isteği halinde aynı yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Aksi halde idari işlem iptal edilir.²⁰ Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesinde "...memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması... yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla bu maddeye göre yapılan bir naklen atama işleminde eşler aynı kurumda veya ayrı kurumlarda çalışsın idarenin aile birliğini gözetme ve gerekli koordinasyonu sağlama yükümlülüğünün doğması için mutlaka diğer eşin isteğinin bulunması gereklidir. Diğer eşin isteğinin bulunmaması idareyi, eş durumunu gözetme yükümlülüğünden kurtarır.²¹

İdarenin naklen atamada eş durumunu gözetebilmesi için eşin de isteğinin bulunması gerekmektedir. Danıştay bir kararında bu durumu şöyle belirtmiştir;

"...Davacının... eşinin davacının yeni görev yerine naklen atanması için bir isteğinin bulunmadığı dosya içeriği ile davalı idarenin temyiz dilekçesinden anlaşıldığından; olayda eş durumunu gözetme yükümlülüğü bulunmayan davalı idarenin eş durumunu dikkate almadan davacıyı naklen atadığından bahisle mahkemece dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukukî isabet görülmemiştir²²".

B. Eşlerin Aynı Kurumlarda Çalışmaları Durumu

Devlet Memurları Kanunu'nun 72.maddesindeki eş durumu ile ilgili düzenleme eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları hususuna ilişkin bulunmakta; eşlerin aynı kurumda çalışmaları halinde eş durumunun nasıl gözetileceği hususunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşılık, Anayasanın amir hükmü gereğince, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin yine aynı kurumun başka bir yerdeki birimine

ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, DD., S.92, s. 254.

²⁰ Kaya (1998):s.643.

²¹ Kaya (1998): s.647.

²² Danıştay 5.Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, DD., S.90, s.346.

naklen atanması halinde de memur olan diğer eşin de isteği var ise aynı yere atanması veya niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması yine idare için bir yükümlülüktür. Dolayısıyla Anayasa ile getirilen ilke uyarınca yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda aynı kurumda çalışan eşlerin durumunun da gözetilebileceği doğal olup, bu konuda düzenleme olmamasını aksine yorumlamanın anılan ilke karşısında mümkün bulunmadığı açıktır.

Aynı kurumda çalışan eşlerden birinin aynı kurumdaki başka bir yere atanması durumunda diğer eşin de aynı yere atanması veya durumuna uygun boş bir görev bulunmaması durumunda izin hakkından yararlandırılması gerekir. Eşlerin aynı kurumda çalışması durumuna ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda da aile birliğinin korunması ilkesi göz önünde tutulmalı ve hüküm onlar için de uygulanmalıdır.²³

Kamu görevlisinin eş durumundan naklen atamaya tabi olması durumunda, eşlerden her ikisi de zorunlu atamaya tabi ise aynı kurumda olsun ya da olmasın, unvan, görev ve kadro bakımından daha üstte olan kamu görevlisine göre işlem yapılır ve üst konumda olan eşe bağlı olarak eşin ataması gerçekleştirilir. Eşlerden birinin yer değiştirme suretiyle atamaya tabi olmaması durumunda yer değiştirmeye tabi olmayan eşin durumu öncelikli olarak dikkate alınır ve işlem yapılır.²⁴

Ancak aynı kurumda çalışan eşin eş durumu nedeniyle naklen atanması için herhangi bir isteğinin bulunmadığı durumlarda eş durumunu gözetme yükümlülüğünün bulunmadığını da vurgulamak gerekir.

Maddede aynı kurumda çalışan eşlerden söz edilmemesi, eş durumunun dikkate alınmayacağı anlamına gelmez.²⁵ Maddenin bu şekilde düzenlenmesinin temelinde memuru atayacak olan kurumun eşinden de bilgi sahibi olduğu ve bu durumu doğal olarak göz önünde bulun-

²³ Mehmet Sağlam, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara, 1999, s.34.

²⁴ Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik, m.12, RG.,25.06.1983, sy.18088, m.9.

²⁵ Danıştay 5. Dairesi'nin 14.12.1995 tarih ve E:1993/4033, K:1995/4125 sayılı kararı, DD., S. 90, s.346.

duracağı düşüncesi yatmaktadır. Ayrıca, memurun atandığı yerde eşin atanacağı teşkilat yoksa veya teşkilat olmakla birlikte niteliğine uygun bir görev yoksa, eşe belirli koşullarda izin isteme hakkı tanınmıştır.

1. Eşin Memur Olması Gereği

Özür grubuna dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirmesi gerekir. Ayrıca, eşlerden birinin bağlı olduğu nüfus idaresinden alınacak evlilik durumunu kanıtlayan belgenin de eklenmesi gerekir.

Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin " Eş Durumunun Belgelendirilmesi" başlıklı 14.maddesinde, (B) özür grubuna(Eş Durumu) dayanarak memurun yer değiştirme isteğinde bulunabilmesi için; eşinin Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkındaki 13/12/1960 tarih ve 160 sayılı Kanuna tabi bir kurumda memur statüsünde çalıştığını, görev yeri belgesi ve nüfus kağıdı örneği ile belgelendirilmesi gerekir" hükmünü öngörmüştür. Ancak kanundaki ve yönetmelikteki "memur" ifadesinin sadece devlet memurlarını mı kapsadığı ya da bu ifadenin kamu görevlisi olarak mı anlaşılması gerektiği tartışmaya değerdir. Danıştay ilk zamanlar "memur" ifadesinin sadece devlet memurlarını kapsadığına ilişkin kararlar verirken yakın tarihli kararlarında "memur" ifadesinin kamu görevlileri olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmektedir.

2. Danıştay'dan naklen atamalarda "memur" lafzı için genişletici yorum

Danıştay Beşinci Dairesi, özellikle tüm kurumsal yönetmeliklerin dayanağını teşkil eden "Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik" te yer alan "memur" kelimesiyle ilgili önemli bir karar vermiştir. Danıştay kararında özetle "Belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (A) bendinde düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabulünün" gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay Beşinci Dairesi kararında, eşi bir üniversitede, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa tabi olarak uzman statüsünde çalışan bir memur için, diğer eşin de mutlak surette 657'e tabi memur statüsünde çalıştırılması zorunluluğunun olmadığına karar vermiştir. Danıştay, idari hizmet sözleşmesi ile çalışan uzmanın daimi statüde çalıştırılacağına yasa ile güvence altına almasını gerekçe göstererek, sadece diğer eşin memur olmaması nedeniyle eş durumu naklinin yapılmamasına dair işlemde hukuka uygunluk bulunmadığına karar vermiştir.

Kamuda memurların yanı sıra, 926 sayılı Kanuna tabi askeri personel, 2802 sayılı Kanuna tabi hakim ve savcılar, 2914'e tabi tabi öğretim üyeleri çalışmaktadır. Bu karar, daimi statüde çalıştırılacağı yasal güvence altına alınan kamu personelinin, memur olan eşlerinin, eş durumu nakillerinin yapılabileceği anlamına gelmektedir.

Kararda Danıştay özetle; personel hukukunun temel kavramlarından olan kadronun, kamu görevlisi ile idare arasında bağ kuran önemli bir araç olduğunu. asli ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütüldüğü yerde varlığından söz edilebilen "kadro" kavramının; personelin bulunduğu yeri, yaptığı işi gösteren ve yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetini tanımlayan önemli bir kavram olduğunu, 657 sayılı Kanununun 33. maddesinde öngörülen "Kadrosuz memur çalıştırılmaz." kuralı ile memurların bir kadroya bağlı olarak istihdam edilmelerinin zorunlu olduğunun ifade edilerek, kadro ile memur arasındaki bağlantının net bir şekilde ortaya konulduğunu, bu bağlamda, belirli bir kadroya bağlı olarak yürütülen görevin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinin (A) bendinde düzenlenen memurluk görevi ile aynı paralelde olduğunun kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁶

²⁶ Danıştay 5. Dairesi'nin 03.02.2012 tarih ve E. 2010/7742, 2012/386 sayılı kararı. Nitekim bazı İdare Mahkemelerinin bu konuyla ilgili somut kararları Danıştay'ı isabetli bir şekilde yönlendirmiştir. "... Her ne kadar davalı idare tarafından davacının eşinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında memur olmadığı belirtilmekte ise de 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2/a maddesinde katma bütçeli idarelerin bu kapsamda olduğunun belirtilmesi, üniversitelerin de 5018 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar katma bütçeli idarelerden sayılması, bu kanun yürürlüğe girdikten sonrada katma bütçeli idare kavramı kaldırılmış ve özel bütçeli idareler düzenlenmiş olduğundan, üniversite personelinin 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sayılacağı ve yönetmeliğin 20. Madde hükmünün uygulanacağı açıktır..." Antalya 3. İdare Mahkemesi'nin 04.06.2010 tarih ve E.2009/1113, K.2010/646 sayılı kararı.(Karar kişisel olarak elde edilmiştir.)

III. İDARENİN NAKLEN ATAMALARDA "AİLE BİRLİĞİNİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ" NÜ KALDIRAN HALLER

A. Memurun İsteği Üzerine Naklen Atama

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, memurun isteği üzerine yapılabilecek naklen atamalar ile idare tarafından yapılan naklen atamalar arasında eş durumunu gözetme yükümlülüğü bakımından fark bulunmaktadır. Bireylerin isteği üzerine idarenin yapacağı naklen atamalarda idarenin eş durumunu gözetme gibi bir yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır.

İdarenin re'sen gerçekleştirdiği naklen atama işlemlerinin aksine kamu görevlisinin talebi üzerine gerçekleşen atama işlemlerinde aile bütünlüğünü koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Talep üzerine naklen ataması gerçekleşen kamu görevlisinin atanmasından sonra, kamu görevlisi diğer eşin, eş durumundan naklen atanmasını talep etmesi durumunda idareyi, ailenin bütünlüğünü yeniden kurmakla yükümlü tutmak mümkün değildir.²⁷

İdarece re'sen yapılan naklen atamalarda eş durumunun göz önüne alınması gerekli iken, kişilerin isteği üzerine yapılan yer değiştirme ve atamalarda durumun farklı boyut kazanacağına işaret etmek gerekir. Aile birliğinin aile bireylerinin birinin iradesi dahilinde bozulması halinde, ilgililerin durumlarını belgelendirerek yer değiştirme isteğinde bulunmaları ve idarenin de konuya ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde bu yöndeki talebi değerlendirilmesi mümkündür. Böyle bir durumda yargı kararlarıyla idareyi aile birliğini yeniden tesis etmekle yükümlü kılmak mümkün olmadığı gibi aksine yorum aile birliğinin korunması ilkesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı olarak uygulanması sonucunu doğurur. Daha açık bir deyimle, boş kadro imkanlarını değerlendirerek istediği yere tayin yaptıran bir kamu görevlisinin eşinin de aynı yere naklini uygun görmek kamu görevlisi olan eşlerin istedikleri yerde çalışmalarına ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı bir duruma gelmelerine yol açar ve kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından büyük sakıncalar yaratır. Ancak, her idari işlem gibi, eş durumuna dayalı yer değiştirme taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin de hukuken geçerli ve kabul edilebilir sebeplere dayanması gereklidir.²⁸

²⁷ Nusret İlker Çolak, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", *AÜHFD*, Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2, s.158.

²⁸ Benzer yönde bkz. Danıştay 5.Dairesi'nin 13.3.1995 tarih ve E.1991/3950,

B. Yeterli Ulaşım İmkanlarının Mevcudiyeti

Yeterli ulaşım imkanları idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğünü ortadan kaldırabilir. Ancak yeterli ulaşım imkanlarının varlığı, görevin ifası, mali imkan, sağlık durumu gibi göreve etkili hususları olumsuz etkilememelidir. Naklen atamada idarenin bu gerekçeye dayanabilmesi için, memurun görev yerine ulaşmasını sağlayacak vasıtaların yaygın olması ve bu yolla kamu hizmetinin kesintisiz ve eksiksiz işlemesinin sağlanması, memura gereğinden fazla maddi külfet yüklememesi ve memurun sağlık durumunun elverişli olması gerekmektedir. Bu ölçütler subjektif değerlendirmeye açıktır ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.²⁹ Danıştay bir nakil işleminde aile birliğinin korunmuş sayılabilmesi için memurun atandığı yeni yerle evi arasında sadece ulaşım imkânlarının mevcut olmasını yeterli görmemiş ve bir kararında Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un 72/2.maddesinin amacından da hareketle şu gerekçeye kararında yer vermiştir; "...Getirilen bu düzenlemelerle ailenin parçalanmaktan kurtarılması, bireylerini bir arada tutmak suretiyle ailenin huzur ve mutluluğunun devam ettirilmesi ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamın sağlanması amaçlanmış bulunmaktadır...

...Öte yandan her ne kadar mahkeme kararında, Anayasa'nın 41.maddesi ve 657 sayılı Kanun'un 72/2.maddesi uyarınca davacının nakli sırasında eş durumunun da dikkate alınması gerektiği, ancak Konya ili içinde yeterince ulaşım olanaklarının bulunması nedeniyle bu durumun dikkate alınmamasının işlemi sakatlamayacağı gerekçesine yer verilmiş ise de, davacının yeni atandığı yere her gün gidip gelebileceği ve böylece aile birliğinin bozulmayacağı esasına dayanan böyle bir gerekçenin kabul edilebilmesi için davacının her gün gidip geleceği mesafenin ve ulaşım durumunun görevini aksatıp aksatmayacağına, ayrıca bu şekilde sürekli gidip gelmeye davacının mâli imkânlarının, sağlık durumunun ve bunlar gibi göreve etkili diğer hususların elverişli olup olmadığının araştırılıp değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Davacı tarafından, yeni görev yeri olan Cihanbeyli ilçesi ...kasabasının Konya il merkezine 80 km. den fazla bir mesafede bulunduğu, kullanmaya elverişli tek ulaşım aracının ...dan sabah saat

²⁹ K.1995/956 sayılı kararı, *DD.*, S.90, s.567,1996.
Kaya (1998): s.642.

7.30'da Konya'ya, Konya'dan saat 14.30'da ...'a giden Belediye otobüsü olduğunun ileri sürülmesi karşısında davacının yeni görev yerine her gün gidip gelmesinin yukarıda değinilen hususlar yönünden inceleme ve değerlendirilmesi yapılmadan sadece ulaşım olanaklarının yeterli bulunduğundan hareketle olayda eş durumunun nazara alınmamasının işlemi sakatlamayacağı sonucuna ulaşılmasında hukukî isabet görülmemiştir³⁰.

C. Aile Birliğinin Korunması ve Kamu Yararı Arasında Denge Kurulması Zorunluluğu

Kamu yararı, kişisel çıkarların toplamı olmayıp, bunlardan bağımsız da değildir. Diğer bir ifadeyle kamu yararı, muhtelif kişi ve grupların yararları arasında bir denge kurmaktan ibarettir. Kamu yararı kavramı, kapsam bakımından hizmet gereği kavramından daha geniştir. Hizmet gereği, esas itibarıyla bir teşkilat içinde söz konusu olmasına karşılık, kamu yararı, bütün Devlet ve ülke yararı için geçerlidir. Kamu yararı belirsiz ve esnek bir kavramdır. Kamu yararı, toplumsal değerlerin bir yansıması olduğundan zaman ve mekan içinde değişen, bulunduğu zamana göre şekillenen bir kavramdır. Sadece zaman ve mekana göre değil aynı zamanda kanunların ifa ettiği fonksiyonlara göre de değişen bir kavramdır.³¹ Kamu yararı bir düzenleme ve sınırlama kriteri işlevi de görür. Kamu yararı kavramı idarenin sahip olduğu yetkilerin, takdir yetkisi ve bağlı yetki gibi, sınırlarının Danıştay tarafından değerlendirildiği bir denetim aracı olarak karşımıza çıkar. Kamu yararı idari yargı organları tarafından idarenin yetkilerinin sınırını çizen bir işlev görür.³²

Kamu yararı özel yarardan farklıdır. Kamu, herkese açık olan, herkesi ilgilendiren, özelden farklı olandır. Kamusal fikirler özel fikirlerden, kamu yararı da özel yarardan ayrılır. Kamu hukuku ilişkilerinin belirlenmesinde kamu yararının üstün tutulup tutulmadığına bakılır. Kamu yararı, bununla birlikte, idare yanında özel kişilerin faaliyetlerinin de bir amaç taşımalarını engelleyen bir kavram değildir.³³ Kamu

³⁰ Danıştay 5.Dairesi'nin 1.11.1995 tarih ve E:1992/4178, K:1995/3369 sayılı kararı, DD., S.92. s. 254.

³¹ Cemil Kaya, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, On iki Levha Yayıncılık,1. Bs., İstanbul,2011, s.2.

³² Kaya (2011):s.3.

³³ Kaya (2011):s.4.

yararı, kamu esenliğinin sağlanmasıdır. Kamu esenliği, birçok özel ve kamusal menfaatlerden oluşan ve herhangi bir çatışma durumunda bile mevcut olan kamu yararadır.

Kişisel yarar, kamu yararının zıddıdır. Kişisel yarar daha çok özel hukuk ilişkilerinde geçerli olan bir kavramdır. Kamu hukuku ilişkilerinde kişisel yarar değil kamu yararı öndedir. Kamu yararı esas itibariyle çoğunluğun yararadır. Kamu yararı bireylerin yararına değil kamunun esenliğine hizmet eder.³⁴

Kamu yararı takdir yetkisiyle birlikte kamu personelinin naklen atanmasında önemli bir denetim aracı olarak kullanılmaktadır. Kamu görevlilerinin naklen atanmaları hususunda İdarelere mevzuat ile takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp kamu hizmetinin gerekleri ile sınırlandırılmıştır. İdare tarafından gerçekleştirilen naklen atama işlemlerinde kamu yararının bulunup bulunmadığı Danıştay içtihatlarıyla anlaşılabilir.

Danıştay kamu görevlilerinin naklen atanmasını gerektiren haklı bir neden olmaksızın atama yapılmasını, görevde başarısızlık ve hizmete ilişkin herhangi bir kusur tespit edilememesi durumlarında naklen atama işlemlerini "kamu yararı" bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmektedir. Danıştay bir kararında görevinde başarılı bir idare amiri olduğu anlaşılan davacı kaymakamın sadece sınıf ve derece eşitliğinin korunduğundan bahisle Hukuk İşleri Müdürlüğüne yapılan atamasının kamu hizmetinin daha iyi yürütülmesi sebebine bağlı olmadan yapıldığı gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.³⁵

Düşünce özgürlüğünü cezalandırmak amacıyla yapılan naklen atama işlemlerinde, kariyer ve liyakat ilkeleri göz ardı edilerek yapılan naklen atama işlemlerinde³⁶, aynı görevde uzun yıllar çalışıldığı ve yıpranıldığı gerekçesiyle yapılan naklen atama işlemlerinde³⁷, aile

³⁴ Kaya (2011):s.47.

³⁵ Danıştay, 5.Dairesi'nin 12.02.1991 tarih ve E.1988/3400, K.1991/178 sayılı kararı, DD.,S.82,s.385.

³⁶ "İdarenin boş bulunan bir kadroya atama yapma konusunda takdir yetkisi var ise de; davacının Milli Eğitim Bakanlığında 12 yıl Daire Başkanlığı yaptığı dikkate alındığında ... İl Kültür Müdür Yardımcılığına atanmasında atandığı görev ve unvan bakımından takdirde açık hata bulunduğundan, Mahkemece söz konusu atamanın iptaline dair verilen kararda hukuka aykırılık görülmemiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 24.05.1999 tarih ve E.1998/2282, K.1999/1682 sayılı kararı, DD., S.103, s.431.

³⁷ "...Kamu hizmetinde sorumlu görevlere gelebilmek uzun yıllar çalışma ve deği-

birliğinin korunması ilkesi gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde, kamu personelinin hukuken geçerli sağlık raporlarına itibar edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde³⁸, kamu personelinin görevinde yetersiz, verimsiz ya da başarısız olduğu somut olarak tespit edilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde³⁹, sübut bulmayan iddialara dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde^{40,41}, istihbari

şik sorumluluk kadrolarında görev yaptıktan sonra mümkün olmakta ve kişilerin yıllar içinde edindikleri deneyimlerinden üst görevlere getirilmeleri suretiyle yararlanılmaktadır. Bu durumda, kişinin aynı üst görevde uzun yıllar bulunmuş olması, kamu yararı ve kamu hizmetleri gerekleri karşısında sadece bu nedenle görevinden alınması için haklı ve yeterli neden teşkil etmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, davalı idare dava konusu işlemin davacının uzun yıllar aynı görevde bulunması nedeniyle yıprandığı gerekçesiyle tesis edildiğini belirtmiş olup, bu iddiasının incelenmesinden de davacı hakkında iddiaları geçerli kılacak bir kanıt elde edilememiştir..." Danıştay 5.Dairesi'nin 28.01.1987 tarih ve E.1986/714, K.1987/129 sayılı kararı.

38 Davalı idarece, dava konusu işleme diğer bir gerekçe olarak davacının kullandığı sağlık raporlarından bahsedilmekte ise de, söz konusu sağlık raporlarının sahteliği veya geçersizliği konusunda davalı idare iddiası veya dosyaya sunulmuş herhangi bir tespit bulunmamaktadır. Danıştay 2. Dairesi'nin 15.02.2005 tarih ve E.2004/4041, K.2005/627 sayılı kararı, *DD.*, S.109, s.112.

39 "...Bu hükümlerin birlikte incelenmesinden, belediye başkan yardımcılığı görevine atanacaklar için mevzuatta herhangi bir öğrenim şartının öngörülmediği sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda yer alan mevzuat hükümleri ile olay birlikte incelendiğinde, davacının öğrenim durumu gerekçe gösterilerek Belediye Başkan Yardımcılığı görevinden alınması mümkün olmadığı gibi, davacının görevinde yetersiz veya başarısız olduğu yönünde herhangi bir tespit bulunmaksızın kurulan atama işleminde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, aksi yönde verilmiş olan mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir..." Danıştay 5. Dairesi'nin 31.01.2005 tarih ve E.2003/4864, K.2005/402 sayılı kararı, *DD.*, S.109, s.510.

40 "Davacının müdür başyardımcılığı görevi için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığının, yöneticilik deneyiminin ve hizmet içi eğitim durumunun olup olmadığının sorulduğu ve aday veya adaylar hakkında düzenlenen değerlendirme formlarının ve eklerinin davalı idareden istenildiği, ancak verilen cevabı yazılardan ilgili kurumlarca yapıldığı iddia edilen tahkikat ile ilgili belirli bir olay veya durum gösterilmediği gibi diğer hususlarda da cevap verilmediğinin görüldüğü, bu durumda hiçbir somut olay ve sebebe dayanılmaksızın, mahiyeti açıklamayan ve hangi kurum tarafından yapıldığı belli olmayan tahkikat sonucunda ulaşılan bilgiye dayanılarak ve ayrıca müdür başyardımcılığı için mevzuat ile öngörülen gerekli ve zorunlu şartları taşıyıp taşımadığı hususları değerlendirilmeden ve hizmet gerekleri göz önünde alınmadan davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı anlaşıldığından davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 2. Dairesi'nin 04.03.2005 tarih ve E.2004/3266, K.2005/831 sayılı kararı, *DD.*, S.110, s.133.

41 "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 76.maddesi "Kurumlar Görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine işit veya 68.maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, ku-

bilgilere dayalı olarak yapılan naklen atama işlemlerinde⁴², sicil notları dikkate alınmadan yapılan naklen atama işlemlerinde⁴³, kamu görevlisinin durumuna uygun bir yer gözetilmeden yapılan naklen atama işlemlerinde kamu yararı bulunmamaktadır.

Buna karşılık Danıştay, kamu hizmetini etkin ve verimli yürütmek için yapılan naklen atama işlemlerini⁴⁴, ihtiyaç nedeniyle yapılan

rum içinde aynı veya başka yerlerdeki kadrolara naklen atayabilirler "hükmünü taşımaktadır...

...Görevinde herhangi bir başarısızlığı saptanmayan davacı hakkında salt soruşturma yapılmış olmasına dayanılarak ve soruşturmada elde edilen bilgiler değerlendirilmeksizin adı geçen genel müdürlük makamıyla koordineli ve güven ortamı içinde çalışmayacağı sonucuna varılmasında ve bu durumunun işlemin nedenleri arasında gösterilmesinde ise kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlılıktan söz edilemez..." Danıştay 5. Dairesi'nin 06.11.1991 tarih ve E.1991/1187, K.1991/2049 sayılı kararı, *DD.*, S.88, s.327.

42 "Bu durumda, davacının köyün ve ilçenin huzuru için ne gibi sakıncalar yaratacağı hususunun somut olarak ortaya konulmadığı, faaliyette bulunduğu şeklindeki duyumların hukuki değerinin olmadığı ve bu şekliyle içeriği itibarıyla hukuki bir delil olarak kullanılması mümkün olmayan doğruluğu kanıtlanmamış istihbari bilgilere dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz isteminin reddiyle, Gaziantep İdare Mahkemesinin 31.1.2001 günlü, E:2000/850, K:2001/97 sayılı kararının gerekçesinin yukarıda belirtildiği şekilde değiştirilecek sonucu itibarıyla onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davalı üzerinde bırakılmasına, 12.5.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Danıştay 2. Dairesi'nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1822, K.2005/1657 sayılı kararı, *DD.*, S.111.

43 "...Davacının dosyada mevcut sicil raporlarının 1994 yılına ait olanının 76 puanla (iyi), 1995 yılı sicil raporunun 75 puanla (orta), 1996 yılı sicil raporunun 68 puanla (orta) düzeyde doldurulduğu görülmüş olup; bu sicil notları itibarıyla söz konusu sicil raporlarının 657 sayılı Yasanın 119.maddesinde yer alan hüküm uyarınca "olumlu" olarak kabul edilmeleri gerektiği açık ise de; İlçe Milli Eğitim Müdürü olarak görev yapan davacının 1994, 1995 ve 1996 yıllarına ait sicil raporlarında 1.sicil amiri konumunda bulunan ve bu nedenle davacıyı ve çalışmalarını yakından izleme olanağına sahip olan İlçe Kaymakamının, davacının özellikle "yöneticilik yeteneği" ile ilgili "olumsuz" değerlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda; davalı idarece, bu sicil raporları esas alınmak suretiyle tesis edilen dava konusu işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerinin gözetilmediğinden söz etmeye olanak bulunmamaktadır..." Danıştay 5. Dairesi'nin 11.01.1999 tarih ve E.1998/2434, K.1999/74 sayılı kararı.

44 "İdarenin naklen atama konusunda sahip olduğu bu yetkisini kullanarak işlem tesis edebilmesi için memurun soruşturma geçirmesi sicillerinin olumsuz olması ya da disiplin cezası alması gibi bir nedene dayanması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Mahkemenin iptal kararına dayanarak aldığı, davacının herhangi bir soruşturma geçirmede, disiplin cezası almadığı ve sicillerinin de olumlu olduğu yolundaki gerekçesinde de hukuka uyarlılık bulunmadığı gibi, yasalarla kendisine verilen görevleri etkin ve verimli bir biçimde yürütmek ve bu amaçla gereken önlemleri almakla yükümlü olan idarenin boş bulunan kadroya hizmet gereği

naklen atama işlemlerini, şiddet uygulayan müdür yardımcının başka bir okula öğretmen olarak atanmasını⁴⁵⁴⁶ kamu yararına uygun bulmuştur.

Kamu görevlilerinin naklen atanabilmesi için kamu görevlisinin disiplin cezası alması, soruşturma geçirmesi zorunlu değildir. Başka sebeplere dayanılarak tesis edilen naklen atama işlemleri de hukuka uygundur.⁴⁷⁴⁸

atama yapması tabii olduğundan; olayda Konya Defterdarlığında Personel Müdürü olarak görev yapan davacının kazanılmış hakları korumak suretiyle ve hizmetinden yararlanması amacıyla boş bulunan Karaman Defterdarlığı Personel Müdürlüğü kadrosuna naklen atanmasında idarenin hizmet dışı nedenlere dayandığı hususunda herhangi bir bilgi ve belge ortaya konulmadığından, söz konusu işlemde sebep ve maksat yönlerinden de hukuka aykırılık bulunmamıştır." Danıştay 5. Dairesi'nin 25.01.1995 tarih ve E.1994/6864, K.1995/428 sayılı kararı, *DD.*, S.90.

45 "Bu durumda bazı öğrencilere karşı şiddet uyguladığı yapılan soruşturma ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının temyiz isteminin reddi ile İstanbul 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 19.6.2003 günlü, E:2003/1, K:2003/852 sayılı kararın yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, temyiz giderlerinin istemde bulunan davacı üzerinde bırakılmasına, 26.12.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi." Danıştay 2. Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve E.2004/4419, K.2005/4361 sayılı kararı, *DD.*, S.112, s.95; Benzer yönde Danıştay 2. Dairesi'nin 02.05.2005 tarih ve E.2004/4552, K.2005/1547 sayılı kararı, *DD.*, S.110, s.127.

46 "...Bu durumda, bir öğrenciye karşı şiddet uyguladığı yapılan idari soruşturma ve Keşan Sulh Ceza Mahkemesi kararı ile sabit olan davacının, yukarıda anılan niteliklere sahip birey yetiştirilmesi amacıyla bağdaşmayan tutum ve davranışları nedeniyle idarecilik görevinden alınarak, başka bir okula öğretmen olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir..." Danıştay 2. Dairesi'nin 13.11.2009 tarih ve E.2008/1091, K.2009/4153 sayılı kararı, *DD.*, S.123, s.176.

47 Kaya(2011):s.174.

48 "Dosyanın incelenmesinden, Bakanlık Müfettişlerince düzenlenen ve dava konusu işlemin dayanağı olarak davalı idarece sunulan 28.2.2000 tarih ve 8844/14, 21 sayılı soruşturma raporunda, davacının Konya İli İlköğretim Müfettişliği görevi sırasında Konya İli.....İlçesi,..... Köyüne denetim amacı ile Grup Başkanı...'ın başkanlığında, onun özel otosu ile giderken grupta bulunan bir bayan ilköğretim Müfettişi'ne sözle tacizde bulunduğu, uygunsuz söz, tutum ve davranışlar sergilediği sabit görülerek disiplin yönünden 3 günlük maaş kesimi cezası, idari yönden aynı ilde görev yapması sakıncalı görülerek başka ilde görevlendirilmesinin teklif edildiği, bu teklif doğrultusunda davacının Konya ilinden alınarak İstanbul İline İlköğretim Müfettişi olarak atandığı anlaşılmaktadır..

...Bu durumda, davacının konuşmalarıyla ve değişik yorumlara yol açacak eylem ve davranışlarıyla diğer İlköğretim müfettişini rencide ettiği açık olup, soruştur-

Danıştay bazı durumlarda sadece eş durumunun gözetilmemiş olmasını iptal sebebi saymamakta, kamu hizmetinin gerekleri yönünden de bir değerlendirme yapılmasını gerekli görmektedir;

“...Belli bir statüye girmeyi kabul eden bir kişinin bu statü için geçerli kurallara uyması gerektiği açıktır. Her ne kadar yukarıda yer alan Yönetmelik hükümleri, eşinin 217 sayılı KHK’ ye tâbi bir kurumda görev yapması nedeniyle davacıya yerinde bırakılma isteminde bulunma olanağı vermekte ve kural olarak eş durumunun gözetilmesi gerektiğini belirtmekte ise de; aynı hükümlerin, 1.bölgedeki hizmet süresini dolduran davacıyı yerinde bırakma konusunda idareye takdir hakkı tanıdığı ve eş durumunun gözetilmesi yönünden getirdiği korumanın da sınırsız olmadığı kuşkusuzdur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, 657 sayılı Kanun’un yukarıda değinilen 72.maddesi hükmü de naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine ancak belli koşullarla sınırlı bir koruma getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hâllerinde, isteğe bağlı olarak, eş kural olarak ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet boyunca 4 yılı geçmeyecektir....

...Yukarıda yer alan kurallar ve yapılan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, 657 sayılı Kanun’a tabi bulunan bir kamu görevlisinin belli bir bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile biriminin korunması ilkesi ile kamu hizmetinin düzenli bir biçimde yürütülmesi gereği arasında bir denge kurulması ve sadece eş durumu değil, hizmet gerekleri de gözetilmek suretiyle bir değerlendirme yapılması gerekmektedir...”⁴⁹

ma konusunun niteliği ve içeriği de göz önünde bulundurulduğunda mesleğin saygınlığını zedeleyeceği, aynı yerde eğitim ve öğretim olumsuz etkileyebileceğinden hizmetin gereği olarak farklı bir yerde görevlendirilmesi şeklinde dava konusu işlemi tesis eden idareye bu konuda tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek kullanıldığı anlaşıldığından dava konusu işlemde neden ve amaç yönlerinden hukuka aykırılık, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 2. Dairesi’nin 12.05.2005 tarih ve E.2004/1587, K.2005/1661 sayılı kararı, *DD.*, S.111, s.112.

⁴⁹ Danıştay 5.Dairesi’nin 30.11.1995 tarih ve E.1993/3870, K.1995/3827 sayılı kararı, *DD.*, S.92, s.374.

657 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 72. maddesi hükmü naklen atanan memurun kamu kurumunda çalışan eşine belli koşullarla kısmi bir koruma sağlamaktadır. Maddeye göre, memurun atandığı yerde eşinin kurumunun örgütünün bulunmaması ya da örgütü olmakla birlikte niteliğine uygun boş bir görev bulunmaması hallerinde, eş ücretsiz izinli sayılabilecek, kadrosu eşinin görevlendirme süresiyle sınırlı olarak saklı tutulacak, ancak bu süre memuriyet süresince 4 yılı aşamayacaktır. Dolayısıyla bir kamu görevlisinin bölgedeki hizmet süresini doldurması ve ihtiyaç nedeniyle naklen atanmasının zorunlu olduğu durumlarda, aile birliğinin korunmasına ilişkin ilke ile kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi gereği arasında hassas bir denge kurulmalı ve naklen atamalarda bu husus değerlendirilmelidir.⁵⁰

Bazı durumlarda kamu hizmetinin aksayacağına kanaat getirildiğinde memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce de naklen atama işlemi tesis edilebilir. Danıştay davacının eşinin Milli Eğitim Bakanlığında öğretmen olarak görev yapmasına ve bu naklen atama işleminin kurumla gerekli koordinasyon sağlanmadan yapılmasına ve aile birliğinin korunması ilkesine aykırı olmasına rağmen hakkındaki iddialar ile ilgili olarak soruşturma ve ceza davası nedeniyle davacının bulunduğu yerde görevini gereği gibi yürütemeyeceği ve kamu hizmetinin aksayacağı gerekçesiyle tesis edilen işlemi hukuka aykırı bulmamıştır.⁵¹

Devlet memurlarının naklen atanmalarında eş durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, idare, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorundadır.

Kamu yararının sağlanması amacıyla üstlendiği kamu hizmetini en iyi şekilde yürütmek zorunda olan idarenin, aile birliğinin korunması ve kamu hizmetinin düzenli ve gereğine uygun bir şekilde yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak durumunda olduğu durumlarda, memur olan eşin görev yaptığı kurumla koordinasyon sağlanmadan önce naklen atama yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.

Baskın kamu yararının bulunmadığı durumlarda ise kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir. Amaç, hukuk

⁵⁰ Sağlam(1999): s.31.

⁵¹ DİDDK, 25.02.2010 tarih ve E.2006/3202, K.2010/306 sayılı kararı, DD.,S.125,s.33.

kurallarında, uyarlanma ilkesinin de etkisiyle yapılması gereken değişiklikler karşısında, ilgililerin hak ve menfaatleri bakımından duyarlılık göstererek hem gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlamak, hem de kendilerinde önceki düzenlemelerin devamı konusunda beklenti yaratılan kişilerin, öngörülemeyen değişikliklerden dolayı olumsuz etkilenmelerini önlemektir.⁵² Haklı beklentilerin korunması ilkesi idareyi, işlemler yaparken, değiştirirken ya da tamamen yürürlükten kaldırırken kişilerin bu düzenlemelerden beklenmedik bir şekilde olumsuz olarak etkilenmelerini önleyici tedbirler almaya iten ilke olarak ortaya çıkar.⁵³ Yakın tarihli bir kararında Danıştay konu ile ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir;

“...Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir.

Ailenin korunması, Anayasa ile tanınmış sosyal bir haktır ve kamu hizmetinin daha verimli yerine getirilmesi bakımından, kamu görevlileri için daha da önem taşır.

Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir. Dava konusu olaydaki beklenti de makul bir beklentidir. Yönetim, yönetim olmaktan kaynaklanan gücünü ve olanaklarını, bu kişisel konumda kullanarak makul beklentiye karşılayabilir.

Kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin korunması, ancak kişisel kararlarda, yönetimin takdir yetkisinin kullanma alanlarında söz konusu olduğundan, baskın kamu yararı olmadığı durumlarda, kamu görevlilerinin haklı beklentilerinin zedelenmemesi gerekir.

Bu nedenle, davacının yer değiştirme isteminin, Devletin aile birliğinin sağlanması yönündeki görevi de göz önünde tutularak, haklı beklentiler ilkesi içerisinde idarece değerlendirilmesi gerekirdi.”⁵⁴

⁵² Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs., İstanbul, 2010, s.43.

⁵³ Bülbül (2010):s.46.

⁵⁴ Danıştay 5.Dairesi'nin 14.03.2006 tarih ve E.2003/3647, K.2006/1140 sayılı kararı, DD., sy.113.

D. Eşin İşçi Olması

Devlet Memurları Kanunu'nun 72. Maddesine göre aynı kurumda çalışan eşlerden birinin hizmetin başka bir yere naklini gerekli kılması halinde, diğer eşin de coğrafi bakımdan aynı veya aile bütünlüğünün bozulmasına yol açmayacak kadar yakın bir yere, eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları halinde ise diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle bu eşin de isteği halinde aynı veya yakın yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür. Bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın eşinin memur olmadığı ileri sürülerek isteği olmadıkça başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur. Dolayısıyla İdarenin aile birliğini koruma yönündeki yükümlülüğü eşi kamu görevlisi olan bir kamu görevlisi için mevcuttur. Eşi işçi olan kamu görevlileri bakımından İdarenin aile birliğini koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Danıştay içtihatları da bu yöndedir;

"...Bu durumda, 1.bölgedeki zorunlu hizmet süresini tamamlayan ve yerinde bırakılma istemi daha önce bir kez kabul edilmiş olan davacının, eşinin DSİ Genel Müdürlüğünde işçi statüsünde çalışması nedeniyle 657 sayılı Kanun'un 72.maddesinde öngörülen ücretsiz izin müessesesinden yararlanmasının mümkün olamayacağı hususu da dikkate alındığında, doldurduğu istek formunda tercih ettiği iller arasında yer alan ve vergi kontrol memuruna ihtiyaç duyulan Bilecik iline kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek naklen atanmasında hukuka aykırılık bulunmadığından, İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin tesisi sırasında davacının eş durumunun gözetilmediği gerekçesiyle işlemin iptaline hükmedilmesinde hukukî isabet görülmemiştir⁵⁵".

Danıştay bir kararında eşin özel işyerinde çalışıyor olması durumunda da eş durumunun gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir;

"Dava dosyasının , incelenmesinden Yozgat Bira Fabrikası Müdür Ve Müdür Yardımcısının Soruşturma Sonucu görevlerinden alınma-

⁵⁵ Danıştay 5.Dairesi'nin 28.12.1995 tarih ve E:1993/5573, K:1995/4496 sayılı kararı, DD., S.91, s. 298.

sının müfettişçe teklif edilmesi üzerine ; İstanbul Bira Fabrikası Müdür Yardımcısı Olan davacının , “yönetim boşluğunu doldurmak” amacı neden gösterilerek ve karşılıklı yer değiştirme suretiyle Yozgat Bira Fabrikası Müdür Muavinliği , görevine atandığı anlaşılmaktadır. Ancak , davacının eşinin İstanbul’daki özel Bir bankada şube müdürü olarak görev yapıyor olması , çocuklarının ise sınav sonucu girilebilen özel okul ve üniversitede okuyor bulunması karşısında , yukarıda hükmü yazılı olan anayasa Ve 657 Yazılı Kanun Hükümleri uyarınca, aile birliğinin gözetilmediği açıktır. Kaldı ki Yozgat Bira Fabrikası’ndaki yönetim boşluğunun mutlaka davacıyla doldurulmasının gerekli kılacak bir hususta ortaya konulamamıştır.”⁵⁶

Ancak yukarıda özetine yer verilen karar 1987 yılına ait eski bir karardır. Yaptığımız araştırmalarda Danıştay’ın eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdare’nin aile birliğini koruması gerektiğine ilişkin başka bir kararına ulaşılamamıştır. Nitekim çok yakın tarihli bir kararında Danıştay, yine, eşi işçi olan kamu görevlisi bakımından İdareyi “aile birliğini korumak” la yükümlü bulmamıştır;

“Uyuşmazlıkta, davacının ...A.Ş firmasında mühendis olarak çalışan eşinin devlet memuru olmaması nedeniyle, idarenin, davacının eş durumunu gözetmek suretiyle atama yapma zorunluluğu bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, davacının eş durumu dikkate alınarak atamasının yapılması yolundaki başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...”⁵⁷

Ancak kanaatimizce, naklen atanmaları sırasında eş durumunun dikkate alınması yönünden kamu görevlilerinin eşlerinin memur olup olmaması esasına göre gruplandırılması Anayasa’nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi uyarınca kamu görevlilerinin başka yerlere atanmaları sırasında eş durumu ve aile birliğinin dikkate alınmasına birtakım sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamaların da yukarıdaki amaca ve eşitlik ilkesine aykırı olmaması icap eder. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması amacıyla sınırlandırabilirler. Örneğin görev

⁵⁶ Danıştay 5.Dairesi’nin 07.05.1987 tarih ve E.1987/680, K.1987/739 sayılı kararı.

⁵⁷ DİDDK’nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararı, DD. S.134,s232.

yaptığı yerde hizmeti yürütecek yeterli eleman olmaması nedeniyle naklen atama talebi reddedilebilir. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara olmayanlara nazaran imtiyaz tanınması anlamına gelir.⁵⁸

E. Eşin Serbest Meslek İcra Ediyor Olması

Eşin serbest meslek icra ediyor olması durumunda ise konu farklı bir boyut kazanır. Bir kamu görevlisinin eşinin serbest meslek sahibi olması durumunda, isteği olmadıkça başka bir yere nakledilemeyeceğinin kabul edilmesi, kamu yararını sağlamak amacını ve kamu hizmetinin iyi bir şekilde yürütülmesi görevini kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılar.⁵⁹ Aynı şekilde eş serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest meslek icra eden eşinin istek ve iradesine bağlı tutmak, bu durumda olanları ayrıcalıklı bir duruma sokmak sonucunu doğurur ve kamu hizmetinin yürütülmesi açısından da sakıncalar içerir.⁶⁰

Danıştay, eş serbest meslek icra edenler yönünden aile birliğini gözetme zorunluluğunu kabul etmemiştir.⁶¹

Bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerekli kılmasına karşın , isteği olmadıkça , başka bir yere nakledilemeyeceği gibi bir anlayış ; idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesinin kişilerin sübjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur.

⁵⁸ Benzer yönde bkz. DİDDK'nun 6.5.2013 tarih ve E.2009/736, K.2013/1757 sayılı kararındaki karşı oy yazısı, DD. S.134,s.232.

⁵⁹ Danıştay 5. Dairesi'nin 13.03.1995 tarih ve E.1991/3950, K.1995/956 sayılı kararı, DD., S.90.

⁶⁰ İbrahim Pınar, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.700.

⁶¹ Danıştay Beşinci Dairesi'nin 18.4.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı. Benzer yönde "Öte yandan başta da denildiği gibi, eş aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin gerektilmesi halinde , eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık , eş serbest meslek icra eden bir kamu görevlisinin naklinin serbest çalışan eşin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayış , 2. durumda olanların önceliklere göre ayrıcalıklı bir duruma sokmasının yanı sıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından da büyük sakıncalar yaratır ki ; 657 sayılı yasanın 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yol kabul edilemez. Bu itibarla davacının bu iddiasının da hukuken geçerli bir yönü bulunmamaktadır." Danıştay 5.Dairesi'nin 18.04.1995 tarih ve E.1992/700, K.1995/1461 sayılı kararı,DD.,S.91, s.421.

IV. ATANILAN YERDE EŞİN ÇALIŞTIĞI KURUMUN TEŞKİLATININ BULUNMAMASI DURUMUNDA İZİN HAKKI

Devlet Memurları Kanununun 72. Maddesinin ikinci fıkrasında yer değiştirme suretiyle atanmaya tabi memurun atandığı yerde eşinin atanacağı teşkilatın bulunmaması ya da teşkilatı olmakla birlikte niteliğine uygun münhal bir görev bulunmaması ve ilgilinin de isteği halinde, bu personele eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verileceği hükme bağlanmıştır.

Örneğin eşi Çevre ve Şehircilik Bakanlığında çalışmakta olan Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) Uzmanı bir kimsenin eşinin İl Müdürü olarak Malatya'ya atandığını düşünelim. Malatya'da DPT'nin örgütü bulunmadığına göre, bu personele isteği halinde eşinin görev süresi ile sınırlı olmak üzere ve memuriyeti boyunca en fazla dört yıl süreyle belirli koşullarda izin verilecektir.

Malatya'da DPT'nin temsilciliğinin bulunduğunu farz edelim. Bu durumda, temsilcilikte, "uzman" kadrolarının bulunmaması veya bulunmasına rağmen dolu olması üzerine yine ilgiliye isteği üzerine eşinin görev süresiyle sınırlı olmak üzere belirli koşullarda izin verilecektir.

Bu durumda olan memura, eşinin atandığı yerin özelliğine göre aylıklı ya da aylıksız izin verilmektedir.

Şayet atanan memur olağanüstü hal bölgesinde dahil iller ile bu illere mücavir illerde ve kalkınmada 1. ve 2. derecede öncelikli yörelerde görevli ise bu kişilere belli oranlarda aylık ödenmesi de hükme bağlanmıştır. Eşleri, bu fıkra da sayılan yerler dışında görevli olanların ise ücretsiz izinli sayılacağı belirtilmiştir.

Bu şekilde sayılan yerlerde izinli sayılanlara, aylık ve tazminatlarına karşılık olarak, aylık taban ve kıdem aylığı, ek gösterge, zam ve tazminatlarının yasal kesintiler düşüldükten sonraki net miktarının;

- a. Eşleri olağanüstü hal bölgesine dahil illerle mücavir illerde görevli olanlara % 60'ı
- b. Eşleri kalkınmada 1.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 50'si

- c. Eşleri kalkınmada 2.derecede öncelikli yörelerde görevli olanlara % 25'i

Kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenir.

Olağanüstü hal bölgesine dahil illerin veya bu illere mücavir illerin aynı zamanda kalkınmada 1'inci ve 2'nci derecede öncelikli yöre olmaları halinde ödenecek tazminat % 60 tutarındır.

İzinli olanların kademe ilerlemesi, emeklilik ve diğer bütün hakları ve yükümlülükleri devam eder. Ancak, ücretsiz izin verilenlerin bu sürelerinin emeklilikten sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının her ay kendileri tarafından SGK'ya yatırılması gerekir. Aylıklarının bir kısmını tazminat olarak alanların emekli kesenek ve karşılıkları, kurumlarınca SGK'ya yatırıldığından, bu şekilde izinli olanların izinli oldukları süre, diğer memurlarda olduğu gibi memuriyette geçmiş sayılarak emeklilik süresinin hesabında aynen dikkate alınır.⁶²

Bu suretle kendilerine izin verilenlere aylık, ek gösterge, taban aylığı, kıdem aylığı, yan ödeme ve her türlü zam ve tazminatlarının kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net miktarının; eşinin olağanüstü hal bölgesinde görev yapanlara % 60'ının, kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara % 50'sinin ve ikinci derecede öncelikli yörelerde görev yapanlara ise % 25'inin kurumlarınca kadro tasarrufundan ödenmesi gerekmektedir. Eşleri yukarıdaki yerler dışında görevli bulunan memura ise herhangi bir ödeme yapılması imkanı olmayıp , bunlar aylıksız izinli sayılabileceklerdir. Ancak ücretli veya ücretsiz olarak izinli sayılacakların bu imkandan yararlanma süreleri memuriyetleri süresince 4 yılı geçemeyecektir.

Bu maddeye dayanılarak aylıksız izinli sayılanların bu sürelerinin emeklilik hizmetlerinden sayılabilmesi için kesenek ve kurum karşılıklarının ilgililerce her ay SGK'ya gönderilmesi şarttır.

SONUÇ

Nakil sırasında memur olan diğer eşin de durumunun gözetilmesi kanunen bir zorunluluk olduğu halde memurun öğrenim gören ço-

⁶² Mustafa Dönmez, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara,2000, s.116.

cukları bakımından Devlet Memurları Kanunu herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte de memurun öğrenim gören çocuğunun bulunması naklen atamada göz önüne alınacak kriterlerden biri olarak düzenlenmemiştir. Memurun kendisinin öğrenim görmesi durumu da yönetmelikte bir özür olarak değerlendirilmemiştir. Ancak kurumların özel yönetmeliklerinde bu husus naklen atamalarda dikkate alınacak hususlardan biri olarak düzenlenmiş olabilir. Özel yönetmeliklerde aksi düzenlemeye yer verilmedikçe çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda dikkate alınması gerekli hususlardan değildir. Ancak bu husus tartışmaya açıktır. Zira kamu personelinin naklen atama mevzuatında eşin çalışıyor olması ve çocukların öğrenim durumlarının dikkate alınmaması Anayasa'nın 41. maddesine aykırılık oluşturur. Sözü edilen personelden yönetmeliklerinde özel düzenlemeler bulunanlar bakımından çocukların öğrenim durumu naklen atamalarda göz önünde bulundurulması gereken bir kriter iken, özel düzenleme bulunmayan memurlar için çocukların öğrenim durumunun naklen atamalarda nazara alınmaması "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı olur. Özel mevzuatta özel bir düzenleme yapılmamış olması idarenin anayasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır.

Eş durumundan nakil isteyebilmek için diğer eşin de memur olması gerektiğine ilişkin Danıştay'ın katı yaklaşımı değişmiştir. Danıştay yakın tarihli kararlarında "memur" kavramını geniş yorumlamaya başlamış, eşin "kamu görevlisi" olması durumunda eş özüünden nakil istenebileceğine ilişkin hükümler kurmaya başlamıştır. Ancak eşin "serbest meslek" icra ediyor olması, haklı olarak, naklen atamalarda bir özür olarak değerlendirilmemektedir. Tabi bunda idare mahkemelerinin verdikleri kararların yönlendirici etkisi gözden kaçmamaktadır.

Eş durumu dikkate alınırken memurların eşlerinin kamu görevlisi olup olmamasına göre gruplandırılması ve eşi kamu görevlisi olmayan memurlar bakımından naklen atama taleplerinin sırf bu gerekçe ile reddedilmesi Anayasa'nın 10. Maddesi ile güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Yapılması gereken Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesindeki ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 9. maddesin-

deki "memur" ifadesinin madde metninden çıkartılmasıdır. İdari makamlar kamu görevlilerinin eş durumu nedeniyle atamalarını kamu hizmetinin aksamaması ve sürekliliği ilkesi uyarınca sınırlayabilirler. Ancak salt eşin memur olmaması ölçütünün baz alınması eşleri memur olanlara imtiyaz tanınması anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Şahin, "Medeni Kanun'da Kadın ve Aile", *GÜHFD*, 2004, C. 8, S. 1-2.
- Akıntürk Turgut, Aile Hukuku, 10.bs., İstanbul, 2006.
- Avcı Mustafa, "Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2002.
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Badur Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", *TBB Dergisi*, Ankara, 2009, S.84.
- Bülbül Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınevi, 1.bs., İstanbul, 2010
- Can Cavit, "Kamu Personelinde Nakil (Yer ve Görev Değişikliği)", *DD*, Atatürk'ün Doğumu 100. Yılı Özel Sayısı, 1981.
- Çolak Nusret İlker, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", *AÜHFD*, Ankara, Cilt: IX Sayı: 1-2.
- Dönmez Mustafa, Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2000.
- Güran Sait, "İdari Lüzum Sebebiyle Memurun Tahvili ve Müstafi Addı", *İÜHFM*, C.XXIX, S.1-2.
- Kaya Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Bs., İstanbul, 2011.
- Kaya Cemil, "Devletin Aile Birliğini Koruma Ödevi Çerçevesinde Devlet Memurları Kanunu madde 72", *SÜHFD*, C.6, 1998.
- Oğurlu Yücel, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2003.
- Pınar İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Sağlam Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Ankara, 1999.
- Uçar Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.