

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Emrah KAHRİMAN

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Emrah KAHRİMAN

Tez Danışmanı
Yrd. Doç. Dr. K. Burak ÖZTÜRK

Ankara-2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (İDARE HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ
YARGISAL DENETİMİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Yrd.Doç.Dr.Kaya Burak ÖZTÜRK

Tez Jürisi Üyeleri

<u>Adı ve Soyadı</u>	<u>İmzası</u>
Yrd.Doç.Dr.Kaya Burak ÖZTÜRK	
Yrd.Doç.Dr.M.Artuk ARDIÇOĞLU	
Yrd.Doç.Dr.Özge OKAY TEKİNSOY	

Tez Sınavı Tarihi: 22.04.2015

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../20...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Emrah KAHRİMAN

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	v
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İŞLEM OLARAK ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

I. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN	6
A. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE KURUM İÇİ DÜZENİN ÖNEMİ.....	6
B. KLASİK VE MODERN DİSİPLİN ANLAYIŞLARI AÇISINDAN ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	9
C. KURUM İÇİ DÜZENİN SAĞLANMASI BAKIMINDAN DİSİPLİNSİZLİKLER VE DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	14
1. Kamu Hizmetinin Süreklilik ve Düzeninin Sağlanması Bakımından Disiplinsizlikler ve Disiplin Yaptırımları	14
2. Disiplin Yaptırımı Uygulamada Hizmet Düzeninin Bozulmuş Olması Şartı	20
3. Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kurum İçi Düzeninin Özel Niteliği ve Asker Kişilerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Bu Özel Nitelik Karşısındaki Durumu.....	26
II. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ.....	34
A. DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ İDARİ YAPTIRIM NİTELİĞİ.....	34
B. DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ İDARİ İŞLEM NİTELİĞİ	37
1. Bir Tür İdari İşlem Olarak Disiplin Yaptırımları	37
2. Disiplin Yaptırımlarında Geri Alma Sorunu.....	45
3. İdari İşlemin İcrailiği Bakımından Disiplin Amirlerinin İkaz ve Disiplin Eğitime Alma Yetkisi	51
a. Amirlerin İkaz Etme Yetkisi	52
b. Disiplin Amirlerinin Disiplin Eğitime Alma Yetkisi	57
4. Disiplin Yaptırımlarının Diğer İdari İşlemlere Etkisi Sorunu.....	59
III. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI BAKIMINDAN ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	62
A. YETKİ UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	62
1. İdarenin Yaptırım Uygulama Yetkisinin Kaynağı	62
2. Disiplin Yaptırımı Kararı Almaya Yetkili Amir ve Kurullar.....	66
a. Disiplin Amiri ve Disiplin Amirleri.....	72

1) Amir Olmak	73
a) Kadro ve Kuruluşu Esas Alan Amirlik	73
b) Yetkilendirmeyi Esas Alan Amirlik.....	74
c) Sınırlı Amirlik.....	74
2) Üst Olmak	75
3) Sicil Verme Yetkisine Sahip Olmak	76
b. Üst Disiplin Amirlerinin Disiplin Yaptırımı Kararı Alma Yetkisi	79
1) Üst Disiplin Amirlerinin İstisnai Olan Yaptırım Kararı Alma Yetkisi	79
2) Tarafsızlık İlkesi Açısından Üst Disiplin Amirlerinin Yaptırım Kararı Alma Yetkisi ve Disiplin Kurulu Üyeleri	81
c. Hakkında Disiplin Yaptırımı Kararı Alınabilecek Asker Kişiler.....	83
d. Disiplin Yaptırımı Kararı Alma Yetkisinin Devri Yasağı	85
B. ŞEKİL UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI.....	87
1. Disiplin Soruşturması Usulü	88
a. Disiplin Soruşturması Yapılması Zorunluluğu	91
b. Disiplin Soruşturması Açılması Kararında Yetkili Makam	93
c. Ceza Vermeye Yetkili Makamın Disiplin Soruşturması Yapması Yasağı	94
2. Savunma Hakkı ve Kullanılması Usulü	97
a. Disiplin Hukukunda Savunma Hakkı.....	98
b. Savunma Hakkının Etkin Kullanımı	100
3. Disiplin Yaptırımı Kararlarının Gerekçeli Olması Şartı	105
4. İptal Kararı Üzerine Düzeltilebilir Şekil Noksanlıklarının Giderilerek Yeniden Karar Verilmesi Usulü	107
C. SEBEP UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	109
1. Disiplin Yaptırımlarının Sebep Unsurunda Takdir Yetkisi.....	112
a. Disiplin Amirlerinin Disiplinsizliklerin Tespitinde Takdir Yetkisi	112
b. Asker Kişilerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Kısıtlanması Bakımından Disiplinsizliklerin Tespitinde Takdir Yetkisi.....	114
2. Disiplin Yaptırımlarının Sebep Unsuru Açısından Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi.....	116
D. KONU UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI.....	123
1. Disiplin Yaptırımlarının Konu Unsurunda Takdir Yetkisi	123
2. Takdir Hakkının “Ölçülü, Adaletli ve Hakkaniyetli” Bir Şekilde Kullanılması ..	126
3. Bir Derece Hafif Yaptırım Uygulanması Konusunda Disiplin Amirlerinin Takdir Yetkisi	129

4. Disiplin Yaptırımlarının Ağırlaştırılması Konusunda Disiplin Amirlerinin Takdir Yetkisi	132
E. AMAÇ UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI	136
1. Disiplin Yaptırımlarının Amaç Unsuru.....	136
2. Disiplin Hukukuna İlişkin Yetkilerin Psikolojik Taciz (Mobbing) Amacıyla Kullanılması	137

İKİNCİ BÖLÜM

ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI

I. MEMUR GÜVENLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI143

A. KANUNLA DÜZENLEME İLKESİNİN DİSİPLİN HUKUKUNU KAPSAYIP KAPSAMADIĞI SORUNU	143
B. KANUNLA DÜZENLEME İLKESİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ KARŞILIĞI.....	145

II. CEZA HUKUKU İLKE VE KURALLARI BAĞLAMINDA ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI.....152

A. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ ADLİ CEZALARLA İLİŞKİSİ.....	152
1. Disiplin Yaptırımları İle Adli Cezalar Arasındaki Temel Farklılıklar	153
2. Asker Kişilere Uygulanan Disiplin Yaptırımlarının Cezai Mahiyeti	155
B. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA TEMEL NİTELİKTEKİ CEZA HUKUKU İLKE VE KURALLARININ UYGULANMASI.....	159
1. Öğretinin Konuya Yaklaşımı	159
2. Yargı Makamlarının Tutumu	161
a. Aleyhe Bozma Yasağı.....	162
b. Disiplinsizlik ile Yaptırımın Kesinleşmesi Arasındaki Süreçteki Mevzuat Değişikliklerinde “Lehe Kanun”un Uygulanması	164
c. Cezaların Şahsiliği İlkesi	167
d. Mükerrer Cezalandırma Yasağı (Non Bis İn İdem İlkesi)	168
e. Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulguların Delil Olarak Kabul Edilmemesi	174
f. Masumiyet Karinesi	176
g. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	180
1) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Hukuk Devleti ve Disiplin Hukuku Açısından Değeri	181
2) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Disiplin Hukukunda Uygulanması Sorunu	185

a) Öğretinin Konuya Yaklaşımı	185
b) Yargı Makamlarının Konuya Yaklaşımı	190
i. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı	190
ii. Danıştay ve AYİM'in Yaklaşımı	194
3) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Olumsuzluklarını Giderme Araçları	199
a) Esnek Disiplinsizlik Tanımları	200
b) Açık Ceza Normu Uygulaması	203
c) Disipline Aykırı Fiillerin Tüzük veya Yönetmeliklerle Düzenlenmesi	205
III. DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI YARGISAL KORUNMA	207
A. ANAYASAL HÜKÜMLER AÇISINDAN YARGISAL DENETİM YASAĞI	209
1. Eşitlik İlkesi Bakımından Yargısal Denetim Yasağı	209
2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması (AY. m. 13) ve Hak Arama Özgürlüğü (AY. m. 36) Bakımından Yargısal Denetim Yasağı	213
a. Hak Arama Özgürlüğünün Kısıtlanması ve Bu Kısıtlamanın Anayasa'nın 13'üncü Maddesine Uygunluğu	213
b. AYM ve AİHM'in Yaklaşımı	219
B. YARGISAL DENETİM YASAĞINI AŞMA YÖNTEMLERİ	224
1. AYİM ve Danıştay'ın Yokluk Denetimi Yoluyla Yargısal Denetim Yasağını Aşması	224
2. Anayasanın 90. Maddesi İle Yargısal Denetim Yasağının Aşılması	230
a. Adil Yargılanmaya İlişkin Kuralların Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği	231
1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından	231
a) Disiplin Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Medeni Hak ve Yükümlülükler Kapsamında Mıdır?	233
b) Disiplin Yaptırımları Ceza Nizaları Kapsamında Mıdır?	238
2) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Açısından	240
SONUÇ	248
KAYNAKÇA	255
ÖZET	268
ABSTRACT	269

KISALTMALAR

AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AsCK	:1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu
AY.	:T.C. Anayasası
AYİM	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	:Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYM	:Anayasa Mahkemesi
BM MSHS	:Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi
bkz	:bakınız
B.N.	:Başvuru No
C.	:Cilt
DBM	:Danıştay Bilgi Merkezi
DMK	:657 sayılı Devlet Memurları Kanunu
DD	:Danıştay Dergisi
DİBGK	:Danıştay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu
DİDDK	:Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu
DDK	:Dava Daireleri Kurulu

dn	:Dipnot
E.	:Esas
HAGB	:Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
İYUK	:2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
Kazancı	:Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
K.	:Karar
K.T.	:Karar Tarihi
m.	:madde
Parag.	:Paragraf
RG	:Resmi Gazete
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TSK D.K.	: 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu
vd.	:ve devamı
Y.	:Yıl
YDK	:Yüksek Disiplin Kurulları

GİRİŞ

Sosyal, ekonomik veya siyasi olsun bütün topluluklarda kendisine en fazla ihtiyaç duyulan şey, sosyal hayatın varlık koşulu olan “düzen”dir. Sınırları genişleyen toplumun karmaşık niteliği arttıkça, sosyal düzeni sağlama bir tür kamu hizmeti niteliğini almakta ve egemen bir otorite tarafından yürürlüğü sağlanan bir yaptırımlar düzeni kurulmaktadır¹.

Kamusal, yarı kamusal veya özel teşekküllerde ve hatta aile yapısında bile ortak amaca ulaşmak için insan ilişkilerini düzenleyen kurallar bulunmakta, bu kurallar ile söz konusu teşekkülün sürekliliği ve düzeni sağlanmaktadır. Söz konusu teşekkülün iç düzenini bozan her davranış önlemini bir yaptırımda bulmakta, belli statüde bulunan kişilere (kamu görevlileri, hükümlüler, öğrenciler, siyasi parti üyeleri, futbolcular vb.) uygulanan yaptırımlara ise disiplin yaptırımı adı verilmektedir.

Kamu hizmeti prensip olarak kamu tüzel kişilerin yerine getirilmekte, yerine getirilen bu hizmetin sürekliliğinin ve düzeninin sağlanması için de “kurum içi düzeni” koruyan hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü sosyal disiplini sağlayan kurallar ve bu kurallara aykırı davranışlara uygulanan yaptırımlar, “kurum içi disiplini” yeterince koruyamamaktadır.

Silahlı Kuvvetler “savunma ve güvenlik” kamu hizmetini yerine getiren bir kamu tüzel kişisidir. Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; yurt dışından gelecek tehdit ve tehlikelere karşı Türk vatanını savunmak, caydırıcılık sağlayacak şekilde askerî gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamaktır. Disiplin ise, Silahlı Kuvvetlerin yerine getirdiği bu hizmetin temeli, asli unsuru niteliğindedir. Bu nedenle Silahlı Kuvvetlerin iç düzenini bozan davranışların zamanında ve etkili bir yaptırımla önlenmesi, diğer kamu hizmeti gören kurumlarda oluşan hizmet içi düzeni bozan davranışların önlenmesine göre daha fazla önem taşımaktadır.

Kamu görevlileriyle ilgili disiplin suç ve cezaları 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (DMK) düzenlendiği halde, TSK mensupları ile ilgili disiplin suç ve cezaları, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK) içerisinde düzenlenmişti.

¹ Sulhi DÖNMEZER, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 3.

Uygulama uzun süre bu şekilde yapıldıktan sonra AsCK'da askeri kabahat olarak düzenlenen bazı fiiller 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile disiplin suçu haline getirilmiştir. Ancak 31.01.2013 tarihinde 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu (TSK D.K.) ile diğer kamu görevlilerine uygulanan sisteme benzer bir sistem getirilmiştir. Bu Kanun ile, kısmen Alman sisteminde benzeyen yargısal sistem (477 sayılı Kanun) savaş zamanında geçerli olmak üzere işlevsiz hale getirilmiş², askeri disiplin sistemi yeni baştan ele alınmış, disiplin merciinin temelde hiyerarşik amir olduğu, kararların gerekçeli olduğu, savunma alınmasının zorunlu olduğu, itiraz yolları açık olan (Fransız sistemine benzer) yarı yargısal sistem kabul edilmiştir³. Disiplinsizlikler disiplin tecavüzleri, disiplin kabahatleri ve disiplin suçları olmak üzere üçe ayrılmakta iken bu ayırım kaldırılmış, sadece “disiplinsizlik” tanımı getirilmiştir.

Askeri disiplin hukuku, AsCK'da düzenlenmesi, disiplin mahkemelerinde yargılama yapılması ve adli cezalar ile disiplin cezaları arasında bağımsızlık bulunmaması nedeniyle daha çok ceza hukukçuları tarafından ele alınmış, tamamen ceza hukuku ilke ve kurallarıyla örülü bir mantıkla açıklanmaya çalışılmıştır. İdari yaptırım olan bu cezaların “idari” özellikleri görmezden gelinerek ceza hukuku ilke ve kuralları doğrudan uygulanmıştır. Ancak disiplin hukuku idare hukuku alanına dâhildir. Disiplin ceza kararları her ne kadar yargısal usuller kullanılarak alınsa, disiplin yaptırımlarında bazı ceza hukuku ilke ve kuralları uygulansa da, ortada idari bir fonksiyon bulunmakta, disiplin ceza kararları idari işlem olarak tesis edilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda TSK D.K. ile getirilen yeni sistemin temelde idare hukuku ilke ve kurallarıyla ele alınması amaçlanmaktadır.

Ayrıca, asker kişilere⁴ uygulanan disiplin yaptırımları idari işlem niteliğinde olduğundan, bu yaptırımlar, “*idari işlemin yapısını anlamaya yönelik çözümleme*

² Disiplin Mahkemeleri AY. m. 145'de düzenlendiği için kanunla kaldırılmamış sadece savaş zamanında uygulanmak üzere barış zamanında işlevsiz hale getirilmiştir.

³ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı: İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C. XVIII, Haziran 1963, S. 2, s. 165-166.

⁴ TSK D.K. subaylar, astsubaylar, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler hakkında uygulanmakta, askeri hâkimler ile TSK'da istihdam edilen devlet memurlarına bu kanun uygulanmamaktadır. Bu nedenle Kanun'un kapsamında bulunan bu kişiler çalışmamızda “asker kişi” olarak ifade edilecektir.

aracı”⁵ olan idari işlemin unsurları açısından ele alınacaktır. Disiplin yaptırım kararının hukuka uygun tesis edilmesi için uyulması gereken yetki ve şekil (usul) kuralları ile sebep, konu ve maksat unsurları ortaya konulacaktır.

Disiplinin değerinin, şartlarının ve düzeninin kurumdan kuruma ve hizmetten hizmete değişmesi tabiidir⁶. Yükseköğretim kurumları için tanımlanacak disiplinsizlik fiilleri ile yaptırım türlerinde yükseköğretim kurumunun niteliği ve amacının dikkate alınması nasıl gerekli ise, TSK’da yaptırıma bağlanacak fiillerin ve uygulanacak yaptırım türlerinin tespitinde TSK’nın kurumsal niteliği ile askeri disiplinin önemi de aynı şekilde dikkate alınacaktır. Nitekim AY. m. 38’deki “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.*” hükmü de askeri disiplinin önemini ifade eden oldukça önemli bir düzenlemedir. Bu nedenle askeri disiplinin ayrıksı önemi ve özelliği, diğer kurumlarda disiplinsizlik olarak tanımlanmayan fiillerin disiplinsizlik olarak tanımlanmasını, diğer kamu görevlilerine uygulandığında ölçülülük ilkesine aykırı olabilecek yaptırım türlerinin hizmet düzenini bozan asker kişilere uygulanmasını gerektirebilecektir. Ancak bunun ölçüsünün ve sınırının ortaya konulması, asker kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından büyük önem taşıdığından, çalışmamızda bu sınırın belirginleştirilmesi amaçlanmaktadır.

Disiplin yaptırımları her ne kadar idare hukuku ve idari işlem kuramı açısından ele alınmalı ise de, asker kişinin daha fazla korunması gereken noktalarda ceza hukuku ilke ve kurallarına niteliği uygun düştüğü ölçüde başvurulmalıdır. Çünkü disiplin yaptırımlarında, salt idari işlemlerin genel hukuksal rejimindeki klasik hukuksal güvencelerle yetinilemez⁷. Bu nedenle çalışmamızda disiplin hukukunda uygulama alanı bularak asker kişileri koruyacak temel ceza hukuku ilke ve kuralları üzerinde durulacaktır.

TSK D.K. ile tüm disiplin cezaları için getirilen yargısal denetim yasağı kısmen esnetilmiştir. Asker kişilere uygulanacak TSK’dan ayırma, hizmet yerini terk

⁵ Onur KARAHANOĞULLARI, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 323.

⁶ Esin ÖRÜCÜ, “*Disiplin Cezaları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi*”, İÜHF, C. XXXII, S. 2-4, 1966, s. 793, dn. 41.

⁷ Ali ULUSOY, *İdari Yaptırımlar*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2013, s. 36.

etmeme, aylıktan kesme cezaları sadece barış zamanında yargısal denetime açılmış bunun dışındaki tüm yaptırımlar için yargısal denetim yasağı devam etmiştir. Asker kişilerin hak arama özgürlüğüne getirilen bu kısıtlamalar Anayasal hükümler açısından incelenecek, AYİM'in yargısal denetim yasağını aşmak için kullandığı yokluk denetimi ve yargısal denetim yasağının Anayasa madde 90/5 ile aşılabilmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

TSK D.K.'dan önce asker kişilere uygulanan yaptırım türleri AİHM önüne götürülmüş ve Disiplin Mahkemeleri ve disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi cezası ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının (Darıcı-Türkiye (2005) ve Polatlı-Türkiye (2011) davaları) ve adil yargılanma hakkının (Bayrak-Türkiye (2007) davası) ihlal edildiğine karar verilmiştir. AYM'de 2015 yılında bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir davada, oda hapsi cezası nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının (AY. m. 19, AİHS m. 5) ihlal edildiğine karar vermiştir⁸. TSK D.K. ile disiplin yaptırımı türlerinin bir kısmı korunmuş (askeri öğrencilere verilen hafta sonu izinsizlik cezası gibi), bazılarının sadece isimleri değiştirilmiş (sıra harici hizmet cezası ilave hizmet yükleme cezası haline getirilmiş), bazı disiplin yaptırımlarının uygulanması özel koşullara bağlanmış (sadece seferberlik ve savaş zamanında veya Türk karasularının dışındaki gemilerde uygulanabilen oda hapsi cezası), bazı disiplin cezaları tamamen kaldırılmış (rütbenin geri alınması), bazı disiplin cezalarının ismi ve infaz koşulları değiştirilmiş (göz hapsi cezası hizmet yerini terk etmeme cezasına dönüştürülmüş ve infaz koşullarında değişiklik yapılmıştır) ve bazı yeni disiplin cezaları ihdas edilmiştir (kınama ve hizmete kısmi süreli devam)⁹. Bu cezaların asker kişilerin üzerindeki etkisi özellikle yargısal denetim yasağı ve adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınacaktır.

Türk hukukunda disiplin hukuku, özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulaması açısından, hem teori hem de Danıştay içtihatları vasıtasıyla ciddi gelişim göstermiştir. Askeri disiplin hukukunda disiplin yaptırımlarının yargısal denetiminin mümkün olmayışı “yokluk teorisinin” gelişmesine sebep olmuş iken askeri disiplin hukukunun AYİM içtihatları ile gelişimini engellemiştir. TSK D.K. ile

⁸ AYM, B.N. 2013/760, K.T. 12.03.2015, RG: 16.05.2015.

⁹ Olgun DEĞİRMENÇİ/Battalgazi TANRIVERDİ, **Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 23.

Devlet Memurları Kanunu sistemine benzer bir sistem getirildiği de dikkate alındığında, asker kişilerin diğer kamu görevlileri hakkında işletilen güvencelerden faydalanabilmesi için, bu çalışmada AYİM kararlarının yanında Danıştay kararlarına da başvurulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ İŞLEM OLARAK ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

I. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE DİSİPLİN

A. TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDE KURUM İÇİ DÜZENİN ÖNEMİ

Kişinin içinde bulunduğu kamusal, yarı kamusal veya özel teşekkülün uyulması gereken kurallarına uymaması sonucu uygulanan yaptırımlar¹⁰ olarak ifade edilen disiplin yaptırımları, aslında geçmişten günümüze sosyal, ekonomik veya siyasi olsun bütün topluluklarda, hiyerarşik olarak üstte bulunanlara ortak menfaatleri korumak amacıyla verilmiş olan bir yetkidir¹¹.

Siyasi partiler, cezaevleri, dernekler, özel teşekküller ve hatta toplumun temel yapı taşı olan aile içerisinde bile ortak bir amacı gerçekleştirmeyi engelleyecek nitelikteki davranışlar yaptırım tehdidi altına alınmıştır. Bu yaptırım, toplum içerisindeki küçük teşekküllerde uygulandığında disiplin yaptırımı niteliğinde iken, bir bakıma en büyük teşekkül olan toplum içerisinde uygulandığında ise nitelik değiştirmekte ve “ceza” haline gelmektedir¹².

Disiplin hukukunun yüzyılın son çeyreğinde çehresinin değiştiği, kışlaların kapalı ortamından sıyrılıp gün ışığına çıktığı söylenebilir¹³. Özellikle ateşli silahların icadı ve paralı askerlerden oluşan ordu, düzen sağlamaktan çok kargaşanın sebebi haline gelmeye başlayınca, Roma ordusunun yeniden canlandırılması amacıyla özellikle 1557-1606 tarihleri arasında yaşamış Hollandalı Justus Lipsius’un askeri reform ve yönetim üstüne, disiplin ve özdenetim temelinde geliştirdiği düşünceleri

¹⁰ Oğuz SANCAKDAR, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 119.

¹¹ Yılmaz GÜNAL, “**Disiplin Cezaları**”, AÜSBFD, C. XIII, S. 2, 1958, s. 193.

¹² “Gerçekten idare, ceza yaptırımlarını ya kendi örgütüne mensup olanlar hakkında, ya da ülkedeki bütün vatandaşlara karşı uygulayabilirler. Birinci nevi yaptırımlar disiplin yaptırımı olarak anılmaktadır.” Süheyl DONAY, “**İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler**”, İÜHF, C. XXXVII, S. 1-4, 1972, s. 423.

¹³ DELPERE, Francis, Le Droit Disciplinaire. Unité ou Diversité, Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme (Numéro Spécial, Le droit disciplinaire), 1.4.1995, No: 22, Bruxelles, s. 344, (Nakleden: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 120).

sayesinde ilk modern disiplinli ordu olan Oranya ordusu reforme edilmiş, askeri disiplinin temeli kurulmuş ve hatta Gerhard Oestereich¹⁴ tarafından askeri disiplinin temelinde olduğu sosyal disiplinin Avrupa Modernleşmesinin merkezi olduğu savunulmuştur.¹⁵ Bu bakımdan disiplin ordudan fabrikaya oradan da toplumun bütün tabakalarına doğru bir yayılma göstermiştir¹⁶. Lipsius'un düşüncesinde ordu devletin temelidir ve sürekli emirler, katı kurallar, öz denetim, itaat, cezalandırma ve ödüllendirme yoluyla disiplin altına alınmalıdır¹⁷. Bu anlayış Türk askeri disiplin sisteminde bir nevi 1961 tarihli İç Hizmet Yönetmeliğinde “*Yurt ve Milletin saadet ve selâmetini ve istiklâlini temin etmek ve Cumhuriyeti korumak, ancak disiplini mükemmel olan Silâhlı Kuvvetlerle kabildir.*” hükmüyle (m. 1) ve 1961 tarihli İç Hizmet Kanunu’nun “*Askerliğin temeli disiplindir.*” hükmüyle karşılığını bulmuştur. Silahlı kuvvetlerde disiplin, hizmetin süreklilik ve verimliliğini korumak ve arttırmaktan ziyade, hizmetin asli unsuru niteliğindedir. Askerlik bir nevi disiplin sanatı, disiplin mesleğidir. Disiplin askerlik hizmetinin kendisidir¹⁸.

Disiplin İç Hizmet Kanununda “*Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet*” etmek (m. 13) şeklinde tanımlanmıştır. İç Hizmet Yönetmeliğinde ise “*Silâhlı Kuvvetlerde disiplinin yerleşmesi için, Silâhlı Kuvvetlerin bütün mensuplarını mutlak bir itaate ve vicdan mesuliyeti duyarak doğrulukla vazife görmeğe, her hizmeti en küçük teferruatına kadar, büyük bir dikkatle ve istekle yapmağa alıştırmak; (...) lazımdır*” şeklinde (m. 1/2) ifade edilmiştir. İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliğinde disipline ilişkin düzenlemelerde “mutlak itaat” kavramı ön plana çıkarılmıştır.

¹⁴ Oestreich, Gerhard, Neosticism and the Early Modern State, Trans. David McLintock, Cambridge University Press, USA, 2008, (Nakleden: Engin TOPUZKANAMIŞ, **Hukuk ve Disiplin: Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları**, DEÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2013, s. 124).

¹⁵ TOPUZKANAMIŞ, s. 124.

¹⁶ TOPUZKANAMIŞ, s. 74.

¹⁷ TOPUZKANAMIŞ, s. 124.

¹⁸ “*Yukarıda, katıksız hapis cezası tartışılırken, askerlik hizmetinde disiplinin ölüm kalım derecesindeki önemine ve disiplini koruyabilmek için askerliğe özgü cezaların ve cezalandırma yollarının gerektiğine değinilmişti. (...) Buna karşılık disiplini bozan pek çok davranışların, çevresine kötü örnek olmadan, geciktirilmeksizin bastırılması ve cezalandırılması gerekir. İşin yargılama usullerinin uygulanmasıyla geçirilecek zamana tahammülü yoktur. Disiplin amirliği müessesesi ve disiplin âmirlerinin cezalandırma yetkileri işte böyle bir zorunluluğun sonucu ve disiplinli bir asker topluluğunun başlıca inancasıdır.*” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.06.1966, RG: 27.06.1967-12632.

Askeri kurumu disipline dayalı diğer kurumlardan ayıran başlıca özellik mutlak itaat, yani kayıtsız şartsız boyun eğmedir¹⁹. Bu ayrımın temel sebebi ise askeri kurumda oluşacak bir itaatsizliğin diğer kurumlara göre çok daha vahim sonuçlar doğurabilecek olmasıdır²⁰. İtaatsizlik sonucunda ağır zarar ve tehlike oluşmaması için de ordularda mutlak itaat kavramı yerleştirilmiştir²¹.

Askerliğin temeli disiplin, askeri disiplinin temeli ise “mutlak itaat”tır. Ancak özgür insanın mutlak itaat altına alınması, özgürlük ile disiplin arasında bir çelişki yaratmaktadır. Kant’ın disipline ilişkin açıklamalarının temelinde, disiplinin özünde kısıtlama ve sınırlamayı barındırdığı anlayışı vardır. Gerçekten de disiplin, kişinin tabiatında var olan özgürlük sevgisinin yarattığı kontrolsüzlüğün ehlileştirilip kişinin itaatkâr kılınmasını ifade eder. Bu anlamıyla aslında disiplin özgürlük ve itaat ile doğrudan ilgilidir²². “*Disiplin dendiğinde bundan her zaman bizim hayvani tabiatımızı, ister tek bir fert olarak, isterse toplumun bir üyesi olarak insanda, insanlığımızın daha iyi bir duruma gelmesi bakımından sınırlayan tesiri anlamalıyız. Şu halde disiplin sadece itaatsizliği sınırlar/kısıtlar*”²³.

İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliğinde mutlak itaat kavramına yapılan vurgu Kant’ın disiplin anlayışında temelini bulmaktadır. Kant’a göre, “*Belli kurallardan sapma yönündeki sürekli eğilimi sınırlayan ve sonunda yok eden zorlamaya Disiplin denir*”²⁴. Askeri disiplinin sağlanmasında da şüphesiz en önemli husus bir askerin kontrolsüz hareketlerinin önlenmesi, tabiatında var olan itaatsizliğin

¹⁹ Ulrich BRÖCKLING, **Disiplin Askerî İtaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi**, Çeviren: Veysel Atayman, İstanbul, 2001, s. 23,

²⁰ “Askerlik hizmetlerinin yürütülüşünde en büyük etken ast üst, maiyet âmir ilişkileridir. Ast; âmir ve üstüne umumî adap ve askerî usullere uygun tam bir saygı göstermeye, âmirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. (...) Ast-üst, maiyet-âmir ilişkilerinin hizmetin gereklerine uygun bir seviyede tutulabilmesi ancak sağlam disiplinle mümkün olur (...)Durum bu olunca askerliğe ilişkin cezalarda ve cezalandırmalarda elbetteki değişik yönler ve tutumlar bulunacaktır. Bunlar, askerlik gereklerinden tecrit edilerek incelenirse hiç bir zaman isabetli bir değerlendirmeye varılamaz.” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.6.1966, RG: 27.06.1967-12632.

²¹ Olgun DEĞİRMENCİ, “**Askerî Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu**”, KHO Bilim Dergisi, C. 18, S. 2, 2008, s. 1. “Adli suçlarda sübjektif hakka tehdit ve ihlal bir suç teşkil ettiği halde idari suçlarda, bir kaideye veya idari bir emre karşı itaatsizlik suç teşkil etmektedir.” Guido ZANOİNİ, **İdari Müeyyideler**, Çeviren: Yılmaz Günel, AÜSBF Yayını, Ankara, 1964, s. 304.

²² Immanuel KANT, **Eğitim Üzerine**, Çeviren: Ahmet Aydoğan, SAY Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2013, s. 31 vd.

²³ KANT, s. 43.

²⁴ Immanuel KANT, **Arı Usun Eleştirisi**, Çeviren: Aziz Yıldırım, İstanbul, 1993, s. 334, (Nakleden: TOPUZKANAMIŞ, s. 115).

etkisizleştirilmesidir. Bunun yolu ise ilk önce korkutmak ve cezalandırmaktan değil kişinin eğitilmesinden geçmektedir. Çünkü Kant’a göre insan eğitime ihtiyaç duyan tek varlıktır, hayvanların ise buna ihtiyacı yoktur. Bu eğitimin içerisine kişinin disipline edilmesi de dâhildir²⁵. Disiplin insanı düşüncesizce ve kontrolsüzce tehlikeye atılmaktan korur. Bu sebeple disiplin sadece menfidir ve yaptığı iş insanın tabii itaatsizliğini etkisizleştirmektir. İnsan disiplin ile insanlığın kanunlarına tabi ve sınırlarını anlayabilecek duruma gelir²⁶.

B. KLASİK VE MODERN DİSİPLİN ANLAYIŞLARI AÇISINDAN ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Otokratik disiplin anlayışı olarak adlandırılan klasik disiplin anlayışında kişi yaptırım tehdidi altında tutularak grup içi kurallara uyması beklenmekte, yaptırımlar sert, şiddetli olmakta ve kişiye empoze edilmektedir. Bastırcılığı esas alan bu anlayışta korkutuculuk disiplinin temelini oluşturmaktadır²⁷.

Demokratik disiplin anlayışı olarak adlandırılan modern disiplin anlayışında ise disiplin yapıcı yönüyle, pozitif ele alınmaktadır²⁸. Bu anlayışta uyulması gereken kuralların kaynağını oluşturan işin icapları astlarca bilinirse, cezalandırmaktan ziyade eğitmek amacıyla yaklaşılsa emirlere kendiliğinden uyulmaya başlanmış olacağı anlayışı esas alınmaktadır²⁹.

Disiplinin akla ilk getirdiği ordu birliklerinde amaç sadece alelusul bir itaat değil, istekle ve içtenlikle gösterilen bir itaat ve disiplindir³⁰. Disiplinin en verimli, bireyin kendi kendisini disipline edebilmesidir. Bu nedenle idarenin amacı self-disiplin olmalıdır³¹. Özgürlük ile disiplin arasındaki çelişki bakımından, Kant için de değerli olan özgür iradeye dayalı disiplin, yani otonom disiplindir³². Yetişkinler açısından anlamlı olan kişinin bilinçli olarak ve insan olmak için kendi üstünde

²⁵ KANT, s. 31 vd.

²⁶ KANT, s. 32-33.

²⁷ SANCAKDAR, Devlet Memurluğundan Çıkarma, s. 121.

²⁸ Cemil CEM, “**Disiplin ve Disiplin Hukuku**”, ABD, S. 5, 1969, s. 824-825; ÖRÜCÜ, s. 785-786.

²⁹ Sancakdar, Devlet Memurluğundan Çıkarma, s. 122.

³⁰ CEM, s. 822.

³¹ Pfifner, J. M. The Supervision of Personnel 1960, N. J. S. 365, (Nakleden: ÖRÜCÜ, s. 783).

³² Kişinin kendi kendisini sınırlayabilmesini Kant disiplini olarak adlandırmıştır. KANT, s. 33-35.

kurduğu kontroldür, yani otonom disiplindir³³. Askeri disiplini bir anlamda yeniden keşfeden Hollandalı Lipsius'un anlayışında da disiplinin merkezinde cezalandırma yer almaz³⁴. Bu nedenle self disiplini sağlayacak olan merkezinde cezalandırma amacı olmayan, yapıcı nitelikte ve gerektiğinde uygulanan yaptırımlara karşı koruyucu mekanizmaların bulunduğu bir sistemdir.

Çoğu zaman disiplin, tesirli ve durdurucu nitelikte bir ceza, memurların anti sosyal eğilimlerine bir karşı aksiyon, disiplini sağlayıcı dış baskı unsuru ve cezalandırıcı adalet şekli olarak negatif anlamda kullanılmaktadır³⁵. Ancak emir verme kudretini kuvvetlendirmek, yerleşmiş otoriteden sapmaları önlemek, hemfikir olmayı sağlamak yerine uymayı temin için başvuru, bastırıcı nitelikte ve ceza olarak kabul edilen klasik disiplin anlayışı ikinci plana itilmeli, bunun yerine disiplin, yapıcı yönüyle pozitif olarak ele alınmalı³⁶, öğretici, eğitici yönü ağır basan ve cezalandırmadan çok düzelten adil ve demokratik usullü disipline yer verilmelidir³⁷. Bastırıcı nitelikte disiplin cezaları ancak eğitimsel metotlar, diğer tüm yaptırım ve denetim yolları fayda vermeyince kullanılmalıdır³⁸. Askeri disiplini sağlamlaştıracak ve sürekli kılacak olan onun zorla gerçekleştirilmesi değil, aksine asker kişilerin disiplin kurallarına içeriklerini onaylayarak uymaları, bunu için de cezai içerikli yaptırımların son çare olmasıdır³⁹. Nitekim Alman disiplin hukuku incelendiğinde görülen, disiplin hukukunun bir “ultima ratio” olduğudur. Yani bütün hukuk dallarındaki çözüm yollarının tüketilip (disiplin hukukuna gitmeden amirin memur üzerindeki diğer tüm yaptırım ve denetim yollarının tüketilip) son çare olarak cezai

³³ TOPUZKANAMIŞ, s. 116.

³⁴ Oestreich, Gerhard, Neosticism and the Early Modern State, Trans. David McLintock, Cambridge University Press, USA, 2008. S. 54. (Nakleden: TOPUZKANAMIŞ, s. 131); Askerin eğitilmesi fikri ilk olarak 1590 Ağustos ayında yayımlanan “Dutch Articles of War” ile ortaya çıkmıştır. Oestreich, Gerhard, Neosticism and the Early Modern State, Trans. David McLintock, Cambridge University Press, USA, 2008. S. 79. (Nakleden: TOPUZKANAMIŞ, s. 128).

³⁵ ÖRÜCÜ, s. 784.

³⁶ CEM, s. 824-825; ÖRÜCÜ, s. 785-786.

³⁷ Tevfik ÇETİNKAYA/İkram BİLGİN, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Disiplin Hükümleri ve Uygulanması**, TC Çevre ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 12.

³⁸ Pigors, P., Myers, C. A., Personnel Adm., 1961 Tokyo, s. 339, (Nakleden: ÖRÜCÜ, s. 786). “Ancak unutulmamalıdır ki modern hukuk devletinde disiplin cezalarının temel işlevi kurum düzenini ve devlet saygınlığını korku ve baskı yaratarak değil; eğiterek, düzelterek, inandırarak korumaktır.”, Bahtiyar AKYILMAZ, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, GÜHFD, C. VI, S. 1-2, Haziran-Aralık 2002, s. 4-5.

³⁹ Vecdi ARAL, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 66.

içerikli bir yaptırıma başvurulmasıdır⁴⁰. TSK Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 6, bu anlayışın oldukça önemli bir örneğini oluşturmaktadır: *“Disiplinin tesisinde esas; ceza ile disiplin tesisi değil, öğrencinin eğitilmesi ve disiplinsizliği önleyici tedbirlerin alınmasıdır. Ceza vermek suretiyle tesis edilen disiplinde, öğrencinin eğitilmesi de göz önünde bulundurulur.”*

Bu kapsamda, her ne kadar yapıcı disiplin anlayışının ön planda olması gerekse de, askerlerin askeri disiplini zayıflatmasını önlemek amacıyla getirilmiş hukuk kuralları/yaptırımlar olmaksızın da ordunun gereği gibi işleyeceğini düşünmek zordur⁴¹. Ancak disiplini sağlama için getirilen hukuk kurallarının verdiği yaptırım uygulama yetkisinin aynı amir tarafından da sık sık kullanılmaması gerekir. Çünkü *“Bir amirin sık sık disiplin tedbirlerine başvurması gerçekte onun kişisel yetersizliğinin bir delilidir. Baştaki yöneticiler her fırsatta ve sık sık disiplin tedbirleri kullanılmasını aslında memurların o amirin yetersizliklerine bir isyan gösterisi olarak ve amirin onların saygısını kazanmakta acze düştüğü şeklinde değerlendirebilirler”*⁴². Bu ise şekle dayalı bir disiplin anlayışının oluşmasına neden olacaktır. Ancak gerçek bir disiplin şekilsel bir itaat ile değil, istekle ve içtenlikle gösterilen bir itaat ile ölçülmelidir⁴³. Biçimsel itaat sadece disiplinin gösterilme biçimidir. Fakat disiplin, ortak düşüncelerden, duygulardan, alışkanlıklardan oluşan ortak bir inançtır⁴⁴.

Bir idarenin demokratik veya otoriter nitelikte olması disiplinin sağlanması amacıyla kullanılan usulleri de etkileyebilmektedir. Disiplin cezalarında kişinin savunmasının alınması, cezalara karşı başvuru yollarının açık olması ve ceza verilirken gerekçe (sebe) gösterilmesi demokratik idare şeklinin yansımasıdır. Bu açıdan TSK D.K.’ya bakıldığında, disiplin cezaları için savunma alınması şartının getirilmesi, cezaların gerekçeli olması, cezalara karşı idari itiraz yollarının açık olması ile ağır nitelikteki disiplin yaptırımlarına karşı yargı yoluna gidilebilecek

⁴⁰ Serkan ÇINARLI, “Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi”, SÜHFD, C. 19, S. 1, 2011, s. 52.

⁴¹ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, B.N. 5100/71, K.T. 08.06.1976, <http://aihmanadol.edu.tr/aihmgooster.asp?id=23>, E.T. 27.05.2014, Parag. 100.

⁴² Felix A. Nigro, Public Personnel Administration, New York: Holt, Rinehart and Winston, nc., 1963. (Nakleden: CEM, s. 823).

⁴³ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.67.

⁴⁴ Ramazan YILDIRIM, “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, AYİM Dergisi, S. 14, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31, E.T. 01.03.2015. s. 1.

olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, ilk bakışta demokratik idare şekline uygun bir disiplin hukuku sistemi yaratıldığından bahsedilebilir. Ancak birçok disiplin cezasına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olması, bir kısım disiplin cezalarının hürriyeti bağlayıcı nitelikte oluşu, disiplin cezalarının sicilden silinememesi ve idari işlemlere sınırsız ve süresiz bir şekilde etki edebileceği (TSK D.K. m. 30/3) ve muğlak ve soyut disiplinsizlik tanımlarının yanında disiplinsizliklerin tamamı kanunda tanımlanmayarak disiplin amirine kıyas yetkisinin verildiği göz önüne alındığında, oluşturulan sistemin demokratik sistemden daha çok otoriter bir sistem olduğu sonucuna ulaşılabilir.

TSK D.K. disiplinin yapıcı yönü açısından da önemli düzenlemeler içermektedir. Kanunun 10'uncu maddesi ile amire asker kişileri ikaz etme ve disiplin amirine asker kişileri disiplin eğitime alma yetkisi verilmiştir. Disiplin cezası olarak kabul edilmeyecek bu yetkilerin yanında ayrıca Kanun, disiplin amirine uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam, izinsizlik ve ilave hizmet yükleme yaptırımlarında, disiplinsizliği işleyen asker kişiye yaptırım uygulamama konusunda takdir yetkisi de vermiştir.

Her ne kadar disiplin amirlerine bazı yaptırımları uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi verilmiş ve bunu tamamlayıcı nitelikte, disiplin amirlerine yaptırım uygulama yerine ikaz etme ve disiplin eğitime alma yetkisi verilmiş olsa da, uygulamada ikaz yazıları personelin özlük dosyasında muhafaza edilmektedir. Bunun yanında disiplin soruşturması sonucunda takdir yetkisi kullanılarak yaptırım uygulamama yoluna gidilmemesi halinde, buna ilişkin belgeler de (örneğin soruşturma raporu, personelin savunması vb.) personelin özlük dosyasında saklanmaktadır⁴⁵. Özlük dosyasında saklanan ikaz yazıları ile diğer belgelerin personelin özellikli görevlere seçimi ve benzeri idari işlemlerde göz önünde bulundurulması, hukuka aykırı olmanın yanı sıra TSK disiplin hukuku sisteminin kısmen da olsa var olan yapıcı ve pozitif niteliğini zayıflatmakta, korkuya dayalı otoriter niteliğini güçlendirmektedir.

⁴⁵ "Disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlara ilişkin bilgi ve belgeler, ilgililerin şahsi dosyalarına konularak muhafaza edilir ve kayıt altına alınır." TSK Disiplin Kanunu madde 30/2.

Disiplin hukukunda yaptırım uygulama seçeneği bazı yapıcı nitelikte imkânlar kullanıldıktan sonra son seçenek (ultima ratio) olmalıdır⁴⁶. Bu konuda ceza hukukunda uygulanan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” ile “cezaların ertelenmesi” müesseseleri basit nitelikteki yaptırımlar için askeri disiplin hukukunda yer bulmalıdır⁴⁷. Askeri disiplinin sağlanmasının derhal cezalandırmayı zaruri kıldığı, bu nedenle disiplin cezalarının ertelenmesinin askeri disiplinin kendine has ve ayrıksı özelliği gereği disiplini olumsuz yönde etkileyebileceği eleştirileri yapılabilirse de, daha az önemli ihlallerde personeli cezalandırmak disiplini sağlama yolunda her zaman daha iyi bir gidişat sağlamayacaktır. Basit ihmal ve tedbirsizlikler halinde daha önceki davranışları ile disiplinli olma yolunda oldukça iyi ilerleyen iyi niyetli asker kişi için verilen cezanın ertelenmesi, disiplini, müeyyide uygulamaya oranla daha fazla koruyabilecek niteliktedir⁴⁸. Bu nedenle ceza hukukunda uygulanan cezaların ertelenmesi müessesesi disiplin cezalarında ele alınmayan ancak personeli disipline etme açısından yararı tartışılmasız olabilecek olan bir uygulamadır. Askeri disiplinle ilgili yasalara erteleme hükümlerinin konması, disiplin suçlarını azaltıcı ve yapıcı bir etken olarak askeri disiplin hukukunda uygulama alanı bulmalıdır⁴⁹.

Disiplin hukukunda modern disiplin anlayışına uygun bir şekilde kavramsal değişimin yaşanması gereklidir. Disiplin hukukunda, yaygın olarak, disipline aykırı fiiller “disiplin suçu”, disipline aykırı fiillere uygulanan yaptırımlar ise “disiplin cezaları” olarak ifade edilmektedir. Viyana 14’üncü Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında da ifade edildiği üzere, idari yaptırımlar ve bu alandaki ihlalleri ifade etmekte kullanılan kavram ve terimlerin suç ve cezalardan ayırt edici olacak şekilde kendine özgü olması gerekmektedir⁵⁰. İdari yaptırımların ceza, idari ihlallerin de suç kavramıyla birlikte anılması halinde, kişiler ceza hukuku anlamında suç işlemiş ve cezalandırılmış olma gibi olumsuz ve gereksiz bir psikolojiye girebilecek ve hatta

⁴⁶ DÖNMEZER, s. 3.

⁴⁷ TSK Disiplin Kanunu madde 44/2’de cezanın yerine getirilmesini erteleme yetkisi getirilmişse de, bu yetki cezanın sadece uygulanmasını erteleme yetkisidir ve cezayı ortadan kaldıracak bir fonksiyonu bulunmamaktadır.

⁴⁸ GÜNAL, s. 201.

⁴⁹ Hüseyin BAŞAR, “Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar”, Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Y. 1988, S. 3, s.76.

⁵⁰ Yücel OĞURLU, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 31; Kayıhan İÇEL, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFM, C. 50, S. 1-4, İstanbul, 1984, s. 130.

toplumda bu şekilde muamele görebilecektir. Bu nedenle idari ceza kavramı yerine idari yaptırım, idari suç kavramı yerine de idari ihlal kavramı kullanılmalıdır. Nitekim Alman hukukunda memur disiplin yaptırımları için disiplin tedbirleri (disziplinarmaßnahmen) terimi kullanılmakta olup; “Strafe” ceza terimi kullanılmayarak disiplin hukukunun ceza hukuku olmadığı özellikle belirtilmek istenmiştir⁵¹.

Bu kapsamda, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununda disiplin cezaları, “*disiplinsizlik nedeniyle yetkili kişi veya kurullar tarafından verilen ve Disiplin Kanununda gösterilmiş olan ‘yaptırımlar’*” şeklinde tanımlanmış, disiplin suçları hakkında ise “**disiplinsizlik**” kavramı kullanılmış, Kanunun 3’üncü maddesi (b) bendinde disiplinsizlik, “*bu kanuna göre disiplin cezası ile cezalandırılan fiil ve haller*” şeklinde modern disiplin hukuku anlayışına uygun bir şekilde tanımlanmıştır. Ayrıca disiplin hukukunda yaptırım uygulamak için yapılan işlemlerin bir idari faaliyet olduğu göz önüne alındığında, “yargılama” kavramı yerine “tahkikat” kavramı kullanılmış, yaptırımların yerine getirilmesi konusunda ise ceza hukukuna özgü “infaz” kavramı yerine “yerine getirme” kavramı kullanılarak disiplin hukukuna özgü kavramsallaşmanın sağlanması amaçlanmış, yaptırıma tabi tutulan kişilerin ceza hukukuna özgü kavramlar nedeniyle baskı altında kalmaları önlenmiş ve modern disiplin hukukuna uygun düzenlemeler yapılmıştır⁵².

C. KURUM İÇİ DÜZENİN SAĞLANMASI BAKIMINDAN DİSİPLİNSİZLİKLER VE DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

1. Kamu Hizmetinin Süreklilik ve Düzeninin Sağlanması Bakımından Disiplinsizlikler ve Disiplin Yaptırımları

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır. Bu nedenle kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma düzeninin sürekliliğini bozan davranışların önlenmesi de hizmet gereğidir⁵³. Disiplin cezaları sosyal düzeni sağlamayı

⁵¹ ÇINARLI, s. 53.

⁵² “İdari yaptırımlar adli ceza niteliğinde değilse de, “tenkil edici”, bir diğer ifadeyle cezalandırıcı bir içeriğe sahiptir. Bu nedenle örneğin uyarma cezası kavramındaki ceza tabirini, bu müeyyidenin cezalandırıcı içeriğine inhisar etmek gerekmektedir.” GÖLCÜKLÜ, s. 120, dn. 4a.

⁵³ D8D, E. 1998/920, K. 1998/1846, K.T. 22.05.1998, Kazancı.

amaçlamaz, belli bir kurum içi düzeni korumayı hedefler⁵⁴, idarenin mümkün olduğunca iyi işlemesini sağlamayı amaçlar ve bunun için de bir araç olarak kullanılır⁵⁵.

Disiplin yaptırımlarına ilişkin öğreti⁵⁶ ve yargı kararlarıyla⁵⁷ yapılan tanımların büyük bir kısmında kurum içi düzene ve yürütülen kamu hizmetinin devamlılık ve etkinliğine vurgu yapılmıştır. Bu ise disiplin hukukunun kamu hizmetinin sürekliliği ile olan ilişkisini ortaya koymaktadır. Kamu hizmeti “...*kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.*”⁵⁸ Disiplin hukuku, kamu hizmetinin bu hizmetten yararlananlara sürekli, düzenli ve etkin bir şekilde sunulmasını da amaçlamakta, bunun için oluşabilecek kurum içi düzene aykırı davranışları yaptırım altına almaktadır⁵⁹.

Disiplin yaptırımları hizmetin, ihtiyacın sürekliliğine koşut olarak yerine getirilmesini ifade eden süreklilik ilkesini⁶⁰ sağlamaya yöneliktir. Süreklilik, ulusal savunma, iç güvenlik ve acil yardım hizmetleri gibi hizmetlerde kesintisiz yerine getirilmeyi ifade ederken⁶¹, diğer hizmetlerde ise işleyişteki düzenliliği ifade etmektedir⁶². Bu “kesintisizliği” ve “işleyişteki düzenliliği” TSK içerisinde sağlayacak en önemli tedbir ise disiplin yaptırımlarıdır. Sosyal, ekonomik veya siyasi olsun tüm topluluklarda kendisine rastlanılan disiplin yaptırımlarının genel amacı söz konusu topluluk içinde meydana gelebilecek karışıklıkları, düzensizlikleri önleyerek

⁵⁴ ULUSOY, s. 149.

⁵⁵ CEM, s. 821.

⁵⁶ “Bir kamu kurumunda çalışan mensupların kurum düzenine aykırı davranışlarından dolayı uygulanan yaptırımlardır.”, Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukukuna Giriş**, Ankara, 1970, s. 441; “Bir kurumda çalışan memurların, kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlara kısaca disiplin cezası diyoruz.” A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C. I – Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 878-879.

⁵⁷ “Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır.” AYM, E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011, RG, 07.02.2012-28197; “Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır” D12D., E. 2003/3174, K. 2006/6690, K.T. 26.12.2006, Kazancı.

⁵⁸ AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁵⁹ “Kamu hizmetlerinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesinin sağlanması ve korunması için bu hizmetin yürütülmesinde görevli personelin, bu düzeni bozan ve disiplin suçu oluşturan eylemlerine karşı getirilen yaptırımlar...” D8D, E. 2010/4870, K. 2012/5019, K.T. 13.06.2012, Kazancı.

⁶⁰ Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 190.

⁶¹ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C. I, EKİN Yayıncılık, Bursa, Ekim 2009, s. 298.

⁶² KARAHANOGULLARI, Kamu Hizmeti, s. 191.

topluluğun vazifelerini en iyi şekilde yerine getirmesini sağlamak, kamu hukuku açısından ise kamu hizmetlerinin hizmetten yararlananlara en iyi şekilde sunulmasını sağlamak, hizmetin süreklilik ve düzenini sağlayıp korumaktır⁶³.

Kurum içi disiplini sağlamaya ve bununla kamu hizmetlerinin etkinliğini ve kalitesini arttırmayı sağlayan disiplin yaptırımları, güvenlik kamu hizmetini yerine getiren silahlı kuvvetler açısından hayati bir işlevi yerine getirmektedir. Kamu hizmeti gören bütün kurumlar için yeknesak bir disiplin hukuku rejimi getirmek, görülen hizmetin niteliği ve öneminin birbirlerinden farklı olmasından dolayı mümkün değildir. Tüm bu nedenlerle Silahlı Kuvvetler disiplin rejimi, bazı noktalarda diğer kurumlar için getirilen disiplin hukuku rejiminden ayrılabilir. Ancak bu ayırım getirilirken asker kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde kısıtlanmaması gerekmektedir.

Kamu hizmetinin etkinliğini ve sürekliliğini sağlamak, bunun için de kurum içi düzeni bozan fiilleri engellemek, tek başına disiplin hukukunun varlık sebebidir. Bu nedenle, kamu görevlilerinin davranış ve tutumlarının kamu hizmetinin etkinliğini ve sürekliliğini sağlamak dışında başkaca bir amaçla disiplin yaptırımına tabi tutulmaması gerekir. Çünkü disiplin yoluyla özellikle kamu görevlilerinin eylem ve işlem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi, disiplin hukukunun kamu hizmetinin düzenini ve devamlılığını sağlama şeklindeki meşru amacına dayanmaktadır⁶⁴. Bu anlayış ise, yasama organı veya idarece disipline aykırı görülüp yasaklanan her fiilin gerçekten kamu hizmetinin etkinlik ve sürekliliğini bozabilecek nitelikte davranışlar olup olmadıklarının denetlenmesini gerektirir. Bu konuda karşımıza ölçülülük ilkesi çıkmaktadır. Ölçülülük ilkesi disiplin yaptırımı ile getirilen yasal önlemin hizmet düzenini sağlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, disiplinsizlik tanımı ile getirilen sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşıması (gereklilik) anlamına gelir. Bu durumda elverişlilik ve gereklilik ilkeleri asker kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin disiplin yoluyla sınırlandırılmasında temel belirleyici ilkeler konumundadır. Disiplin yoluyla

⁶³ GÜNAL, s. 194; CEM, s. 821.

⁶⁴ "Disiplin yaptırımlarının, bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildikleri açıktır. ... Bu bağlamda, disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır." AYM, B.N. 2013/1614, K.T. 03.04.2014.

birey hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması her ne kadar meşru temellere dayansa da, bu müdahale ile güdülen meşru amaç ile bireyin hakları arasında bir orantı kurulmalı, bu orantının değerlendirilmesi noktasında Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile getirilen demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmelidir.

Bu kapsamda, hizmetin etkinlik ve sürekliliğini bozacak nitelikte olmayan davranışların disiplinsizlik olarak tanımlanması ölçülülük ve gereklilik ilkesine aykırı olacaktır. Nitekim AYM, DMK'da bulunan ve aylıktan kesme cezasını gerektiren toplu müracaat ve şikâyetle bulunma disiplinsizliğini “...yönetime karşı dilekçe ve şikayetlerin bireysel veya toplu olarak bildirilmesinin, demokratik bir toplumda bazı sorunların çözümü için etkin bir yol olduğu, bu nedenle dilekçe hakkının, bir siyasal hak olarak tanınıp Anayasal güvenceye kavuşturulduğu...” gerekçesi ile bu hakkın (AY. m. 74 Dilekçe Hakkı) disiplin yaptırımı uygulama yoluyla sınırlandırılmasını Anayasa'ya aykırı görmüştür⁶⁵.

Bu değerlendirme, her kamusal teşekkülün ortaya koyduğu hizmetin niteliğine göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Bu kapsamda güvenlik kamu hizmetini yerine getiren TSK'da hizmet düzenini bozacak davranışlar ile sözelimi bir üniversitenin ifa ettiği eğitim hizmetinin düzenini bozacak davranışlar birbirinden farklı olacaktır. Bu kapsamda, Anayasa'nın dilekçe hakkını düzenleyen 74'üncü maddesinde özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olsa bile, hakkın doğasından kaynaklanan bir takım sınırlama sebeplerinin de olabileceği dikkate alındığında, Silahlı Kuvvetlerin özel durumu gereği dilekçe hakkının “toplul müracaat ve şikâyetle” bulunma fiiline disiplin yaptırımı uygulanarak sınırlandırılması ölçülü ve gerekli kabul edilebilecektir. Aynı şekilde “ideolojik ve siyasal amaçlı faaliyetlere karışmak”, “izinsiz garnizonu terk etmek” fiillerinin TSK açısından disiplinsizlik olarak tanımlanması TSK'nın hizmet düzenini sağlamada ölçülü, elverişli ve gerekli olarak kabul dileyebilecek iken, bu fiillerin üniversite öğretim üyeleri bakımından disiplinsizlik olarak kabul edilmesi, eğitim hizmetinin düzeninin sağlanması amacı bakımından elverişli ve gerekli bir sınırlandırma biçimi olmayacaktır.

Nitekim Danıştay 8. Dairesi, 2014 tarihinde Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde yapılan ve yükseköğretim kurumlarında bildiri

⁶⁵ AYM, E. 2008/111, K. 2010/22, K.T. 28.01.2010.

dağıtılmasını uyarma cezası ile cezalandırılması gereken fiiller arasına alınmasını, düşünce ve ifade özgürlüğüne aykırılıktan dolayı (suçta ve cezada kanunilik ilkesinden bahsetmeden) iptal etmiş⁶⁶, bu kapsamda verilen disiplin cezalarını iptal eden ilk derece mahkemesi kararını da “...tespit edilen fiilin yükseköğretim kurumunun huzur ve sükûnunu bozma eylemleri kapsamında bulunmadığı, eylemin ifade, kanaat ve görüşleri açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında olduğu...” gerekçesiyle onamıştır⁶⁷. Bu bağlamda, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin disiplinsizlikleri tanımlayan maddelerine bakıldığında; “yükseköğretim kurumu yetkililerince tespit edilen yerler dışında ilan asmak” ; “yükseköğretim kurumu içinde bildiri dağıtmak afiş ve pankart asmak” ; “yükseköğretim kurumuna ait kapalı ve açık mahallerde yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek veya bu tür toplantılara katılmak” ; “yükseköğretim kurumu binalarında veya eklentilerinde izin almadan açık veya saklı dernek v.b. kuruluşlar teşkil etmek” şeklinde belirlenen düzenlemelerin Anayasa ile güvence altına alınan haklar ile bağdaşmadığı⁶⁸ ve fiili işleyen kişinin statüsü ve fiilin işlendiği yerin niteliği gereği “gereklik ilkesinin” karşılanmadığı söylenebilirse de, bu fiillerin askeri eğitim kurumlarında disiplinsizlik olarak tanımlanması demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olarak kabul edilebilecektir.

Disiplin yoluyla hak ve özgürlüklerin kısıtlanması meşru temellere dayanmakta, kamu yararını amaçlamaktadır. Bu bağlamda, disiplin yoluyla bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması ile hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmalıdır. Kurulacak bu dengede, askeri disiplinin korunması ile oluşacak kamu yararı ile askeri hizmetin gerekleri kavramı, bireyin katlanması gereken külfetin oranını arttırmakta, sınırlamanın gerekliliği noktasında idareye daha güçlü bir takdir yetkisi bırakmaktadır⁶⁹.

⁶⁶ D8D., E. 2013/11920, K.T. 30.4.2014. Kazancı.

⁶⁷ D8D., E. 2005/534, K. 2006/126, K.T. 23.01.2006, DBM.

⁶⁸ Volkan ÇAKMAK, **Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları**, AÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012, s. 119.

⁶⁹ “Kamusal makamların bir hakkın sınırlandırılması sürecinde iki ayrı aşamada takdir yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sınırlama ölçütünün seçimidir. İkincisi ise, ilgili sınırlama ölçütü çerçevesinde izlenen meşru amacı gerçekleştirmek üzere yapılan sınırlamanın gerekliliğidir. Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, ihlal iddiasına konu önlemin anayasal temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır olması, yani müdahaleyi meşrulaştırmak üzere kullanılan argümanların elverişli, zorunlu ve orantılı olması gerekir.” AYM, B.N. 2013/1614, K.T. 03.03.2014.

Disiplin yoluyla kamu görevlilerinin bir kısım temel hak ve özgürlükleri “*hizmet düzenini koruma*” gerekçesi ile sınırlandırılmaktadır. Bir temel hak ve özgürlüğün disiplin yoluyla kısıtlandığı her durumda kamu görevlisine uygulanan yaptırım, kamu hizmetinin etkinlik ve sürekliliğinin gerçekleştirilmesi amacı için gerekli olmalı, diğer bir ifadeyle “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” (pressing social need) baskısını karşılamalıdır⁷⁰. Bu çerçevede disiplin yoluyla getirilen bir müdahale hizmet düzenini sağlama amacı bakımından gerekli ve elverişli olmalıdır. Zira AYM disiplin hukukuna ilişkin verdiği bir kararında “*Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.*” gerekçesini kullanarak disiplinsizlik olarak tanımlanacak fiillerin “kamu hizmeti ve hizmet gerekleriyle” ilgili olması gerektiğine vurgu yapmıştır⁷¹.

Yaptırım uygulama yoluyla gidilen sınırlandırma biçiminin hizmetin etkinlik ve sürekliliğini sağlamanın çok ötesinde caydırıcı bir içeriğe sahip olması durumunda (elverişliliğin aşılması durumunda), kamu hizmetinin süreklilik ve düzenini sağlama amacı ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasındaki ölçü bozulmuş olacaktır⁷². Bu kapsamda, askeri disiplin hukukunda ulusal savunma hizmetinin etkinliğini sağlama amacı bakımından hürriyeti bağlayıcı nitelikte yaptırım türlerinin uygulanabilmesi (hizmet yerini terk etmeme cezası, hizmete kısmi süreli devam, hizmetten men, oda hapsi) elverişli olarak kabul edilebilecek iken, bir üniversite için bu nitelikte bir yaptırım türü getirilmesi disiplin hukukunun hizmet düzenini sağlama amacını aşacak ve dolayısıyla ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. AY. m. 38/9 ile sadece Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni dikkate alınarak getirilen istisna da bu anlayışın anayasal temelini ifade etmektedir. Nitekim AİHM’in verdiği bir kararında ifade edildiği üzere “*Orduya girerken, başvuranlar, hizmet gerekleri*

⁷⁰ AYM, B.N. 2013/8517, K.T. 06.01.2015.

⁷¹ AYM, E. 2015/22, K. 2015/37, K.T. 01.04.2014, RG: 15.04.2015-29327.

⁷² “*Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.*” AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, K.T. 10.10.2013, RG: 09.05.2014-28995.

adına, sivillere empoze edilmesi mümkün olmayan sınırlamaları içeren disiplin hukukuna uymayı tercih etmişlerdir.”⁷³

Ayrıca AİHM, Kaya ve Seyhan/Türkiye davasında greve katıldığından dolayı kendisine disiplin yaptırımı uygulanan kamu görevlilerinin AİHS madde 11’de düzenlenen toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme uyarma cezasının çok küçük de olsa sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığını ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığından dolayı da 11’inci madde kapsamındaki gösteri yapma özgürlüğünü etkili bir şekilde kullanma haklarının orantısız olarak ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁴. Danıştay DDK’da verdiği bir kararında AİHS kapsamında olan bir hakkın kullanılmasından dolayı kamu görevlisine yaptırım uygulanamayacağına karar vermiştir⁷⁵. AYM’de bireysel başvuru yoluyla verdiği bir kararında, greve katılan kamu görevlisine verilen disiplin cezası ile Anayasa’nın 51’inci maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu fiile yaptırım uygulanmasını Anayasa’nın 13’üncü maddesi kapsamında incelemiş, verilen disiplin cezası ile “*demokratik bir toplumda gerekli olmayan*” bir uygulama yapıldığı gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir. Ancak AYM, greve katılan asker kişiye yaptırım uygulanmasının güvenlik kamu hizmetinin ayrıksı özelliği nedeniyle “*demokratik bir toplumda gerekli*” olabileceğinden ve bir hak ihlalinden söz edilemeyebileceğinden de bahsetmiştir⁷⁶.

2. Disiplin Yaptırımı Uygulamada Hizmet Düzeninin Bozulmuş Olması Şartı

Silahlı Kuvvetlerde güvenlik kamu hizmetinin düzenini bozacak her türlü eylem, önlemini bir yaptırımda bulmalıdır. Nitekim kamu hizmetinin daha

⁷³ AİHM’in 04.07.2000 tarihli kararı. (Nakleden: Gürsel KAPLAN, “*Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi*”, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 327.)

⁷⁴ Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası, B.N. 30946/04, K.T. 15. 09. 2009, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/30946-04.pdf>, E.T. 10.01.2015.

⁷⁵ DİDDK, E. 2009/1063, K. 2013/1998, K.T. 22.05.2013, DD, Y. 2013, S. 134.

⁷⁶ “*Bununla birlikte demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür.*” AYM, B.N. 2013/8517, K.T. 06.01.2015.

mükemmel ifası bakımından ayrı bir disiplin kudretine ihtiyaç bulunmaktadır⁷⁷. Askeri disiplinin temel amacı Silahlı Kuvvetlerin kurumsal düzeninin korunmasını sağlamaktır⁷⁸. Ulusal güvenliği sağlayan askerlik hizmetinin iç düzeninin sağlanması diğer kamu hizmetlerinin düzenini sağlanmasına oranla daha önemli niteliktedir. Silahlı Kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplum düzeni üzerinde yankıları olabilir⁷⁹.

AYM'ye göre de, *“Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adaletle uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir.”*⁸⁰ Bu nedenle Silahlı Kuvvetlerdeki hizmet düzeninin önem ve değeri nedeniyle bu yaptırımlar, diğer kamu hizmeti düzenini sağlamaya yönelik yaptırımlardan daha ağır nitelikte olabilmektedir⁸¹. Bu nitelikteki ağır yaptırımları ölçülü hale getirebilecek en önemli kriter ise, yaptırımların *“güvenlik kamu hizmetinin etkinliğinin ve sürekliliğinin sağlanması”* amacını sağlamaya yönelik olmasıdır. Ağır nitelikteki yaptırımları elverişli ve gerekli kılabilen tek ölçüt TSK'nın hizmet düzenini taşıdığı önemdir. Ancak ağır nitelikteki yaptırımların uygulandığı TSK disiplin hukukunda personelin bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması ile güvenlik kamu hizmetinin düzen ve etkinliğinin sağlanması arasında uyumlu bir dengenin de sağlanması gerekmektedir.

Bu kapsamda, kurumun toplum içerisindeki saygınlığına zarar veren davranışlar ile kamu görevlilerinin ahlaki olmayan tutumları disiplinsizlik olarak nitelendirilebilecek midir? Örneğin TSK Disiplin Kanunundaki en ağır disiplin cezası olan “ayırma” cezasını gerektiren *“iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak”*, *“ahlaki zayıflık”*, devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışları ifade eden *“hizmete engel davranışlarda bulunmak”* fiillerinin disiplinsizlik olarak tanımlanmasının disiplin hukukunun amacı açısından sorgulanması ve demokratik toplum düzeninin gerekleri

⁷⁷ GÜNAL, s. 194.

⁷⁸ YILDIRIM, Türk Askeri Disiplin Hukuku, s. 3.

⁷⁹ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 98.

⁸⁰ AYM, E. 2014/65, K. 2014/150, K.T. 02.10.2014, RG: 12.12.2014-29203

⁸¹ *“Askeri disiplin ihlalleriyle hızlı bir şekilde mücadele edilmeli ve sıklıkla, sivil kişilerin eylemlerinden daha ağır şekilde cezalandırılmalıdır.”* Kanada Yüksek Mahkemesinin R. v. Généreux Kararı, (1992) 1 S.C.R. 259, (Nakleden: DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.56, dn. 72).

açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu nitelikteki fiillerin disiplinsizlik olarak tanımlanması ve disiplin yaptırımına tabi tutulmasının zorunlu şartı ise, bu fiillerin hizmet düzeni ve sürekliliği ile bir ilişkisinin kurulabilmesi, yani hizmet düzenini bozacak nitelikte fiiller olması, güvenlik kamu hizmeti özelinde zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamasıdır.

TSK Disiplin Kanunundaki “ahlaki zayıflık” disiplinsizliği örnek olması adına ayrıntılı incelenecek olursa, bu fiil Kanunda “*Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Asker kişinin menfaatine, içkiye ve kumara düşkün olmasının, kurumun itibarını sarsacak nitelikte davranışlarının veya toplumun ahlak anlayışına aykırı davranışlarının yaptırma tabi tutulabilmesi için bu davranışların personelin görevine, hizmetin düzenine ve etkinliğine zarar vermesi, kısacası hizmet düzenini doğrudan etkilemesi şarttır. Ancak bunun dışında, kişinin aile ve sosyal yaşantısına zarar veren ve fakat ortaya koyduğu hizmeti hiçbir şekilde etkilemeyen menfaatine, içkiye ve kumara düşkün olmak fiilinin ve ayrıca hizmet düzenini bozmayan ancak kurumun itibarını sarsacak veya toplumun ahlak anlayışına aykırı fiillerin disiplin yaptırımına tabi tutulması disiplin hukukunun amacını aşan bir içerik taşımaktadır. Nitekim Gözler disiplinsizlikleri “*disiplin suçu, memurun göreviyle ilgili kusurlu fiildir*” şeklinde tanımlayarak disiplinsizliklerin görevle bağlantılı olması gerektiğine vurgu yapmıştır⁸².

Danıştay içtihatlarına bakıldığında ise, Mahkemeye göre yükseköğretim kurumunda bir araya gelerek toplanma fiilinin disiplin suçu oluşturması için “...Yükseköğretim amaç ve ilkelerine aykırı düşen belli bir nedenle bir araya gelinerek bir makamın işgal edilmesi, işgalin süre ve katılanların sayısı bakımından üniversitenin düzenini ve güvenliğini tehdit edecek büyüklükte bulunması gerekir. Aksine bir kabul ile değerlendirilmesi halinde, birden çok öğrencinin bir arada gerçekleştirdiği ortak eleştirel veya tepkisel davranışın, anılan madde kapsamında cezalandırılması sonucuna ulaşılabacaktır. Böyle bir kabul ise Anayasa ile belirlenen

⁸² GÖZLER, C. II, 2009, s. 759.

hak ve özgürlüklere. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan kamu güvenliği ve düzenine aykırı olmayan toplantılara katılma özgürlüğüne ve sözü edilen yönetmelik kuralının öngördüğü amaca aykırı düşecektir.”⁸³ Danıştay, yükseköğretim öğrencisi tarafından yapılan basın açıklamasına verilen disiplin cezasının iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını ise “...basın açıklamasına katılma eyleminin ise yine yukarıda anılan hak ve özgürlüklerin kullanılması sınırından taşıp, üniversitenin düzenini ve güvenliğini bozucu nitelikte olduğuna ilişkin somut bir tespit de bulunulmadığından, dava konusu işlemin iptali istemini reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği” gerekçesiyle bozmuştur⁸⁴.

Bir diğer kararında Danıştay, öğretmen olarak görev yapan bir kamu görevlisi hakkında eşcinsel eğilimli olduğu gerekçesi ile 4357 sayılı Kanun’un 7/e maddesi uyarınca tesis edilen meslekten çıkarma cezasının iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını, söz konusu fiilin disiplin hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Mahkemeye göre “*Dava; öğretmenin meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali istemine ilişkindir. Uyuşmazlık konusu olayda, davacının eşcinsel eğilimlerini okul içerisinde yansıttığına veya okul dışında olsa bile öğrencileri ile bu şekilde bir ilişkiye girdiğine dair bir delil, tespit veya tanık bulunmamaktadır. Disiplin soruşturması aşamasında ifadeleri alınan ve davacıyla aynı okulda görev yapan öğretmenlerin ve yöneticilerin, davacının herhangi olumsuz bir hareketini görmediklerini ve disiplin soruşturmasına konu olayla ilgili bir duyumlarının olmadığını beyan ettikleri görülmektedir. Davacının mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girmesinden ibaret olan fiilin, 657 sayılı Yasa’nın 124/2. maddesi uyarınca Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı, söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa’nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının”*

⁸³ D8D., E. 2005/1982, K. 2005/3870, K.T. 04.10.2005, DBM.

⁸⁴ D8D. E. 2005/5366, K. 2006/1644, K.T. 19.4.2006, DBM.

ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.”⁸⁵

Danıştay bu kararında, kamu görevlisinin ortaya koyduğu fiilin doğrudan veya dolaylı olarak hizmet düzenine etkisinin olup olmadığını incelemiş, disiplinsizlik olarak kabul edilecek fiilin kamu görevlisinin göreviyle, hizmet gerekleriyle ilgili olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkemenin söz konusu fiile ilişkin “Memur Disiplin Hukukunu ilgilendiren bir yönünün bulunmadığı ve disiplin suçu oluşturmadığı” yaklaşımı, kamu görevlileri, öğrenciler, hükümlüler ve asker kişiler için getirilen disiplin hukuku sistemlerinde yargısal denetim aşamasında dikkate alınması gereken, disiplin hukukuna ilişkin temel bir yaklaşım biçimidir.

AYM ise önüne gelen bir itiraz başvurusunda; Ankara 1 Numaralı F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu ve hükümlü olarak bulunan bir kişi hakkında, spor faaliyetlerine katılırken, odalarına giriş ve çıkışlarında, üst aramaları yapılırken "onursuz aramaya son" şeklinde slogan atması sebebiyle disiplin soruşturması başlatılmıştır. Yapılan soruşturma neticesinde 5275 sayılı Kanun'un 42/2-e maddesi gereğince⁸⁶ fiilin gereksiz slogan atmak kapsamında kaldığından bahisle hükümlünün “haberleşme araçlarından yoksun bırakma” disiplin cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

AYM, disiplin yoluyla ifade özgürlüğünü sınırlandıran bu hükme karşı yapılan itiraz başvurusunda, disiplinsizliğin oluşabilmesi için disiplinsizlik olarak tanımlanan fiilin yerine getirilmesinin yeterli olmadığını, bunun yanında söz konusu Kanun'un bu fiilin ayrıca cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyebilecek şekilde gerçekleşmiş olmasını da aradığı gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir⁸⁷.

⁸⁵ D12D., E. 2011/750, K. 2014/7169, K.T. 07.11.2014, Kazancı.

⁸⁶ Davaya konu olayda uygulanan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun madde 42/1: “Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasıdır.” Madde 42/2-e: (2)Bu cezayı gerektiren eylemler şunlardır: e) Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak.

⁸⁷ “(...) cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde marş söylenmesi yahut slogan atılmasını karşıladığı ve ancak bu nitelikteki eylemlerin söz konusu disiplin suçu oluşturacağı anlaşılmaktadır. Bu niteliği taşımayan

Bir başka kararında ise AYM, “açlık grevi” fiili nedeniyle hükümlülere disiplin yaptırımı uygulanmasının, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle, ölçülülük kurallarıyla, temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramlarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle önüne gelen davada; *“Diğer taraftan, itiraz konusu kural uyarınca hükümlülerin ifade yöntemi olarak tercih ettikleri her türlü açlık grevi eylemleri değil, sadece bu eylemlerin ceza infaz kurumlarındaki güvenliği veya disiplini bozacak veya ceza infaz kurumlarındaki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi hâli disiplin cezasına bağlandığından, kurala konu sınırlandırmanın ifade özgürlüğünün kullanımını ciddi surette güçleştirip, kişinin açlık grevi ile ulaşmak istediği amacına ulaşmasına engel olmadığı ve ifade özgürlüğünü ortadan kaldıracı bir nitelik taşımadığı dolayısıyla hakkın özüne zarar vermediği de açıktır.”* gerekçesi ile açlık grevi fiilinin tek başına disiplinsizlik oluşturmayacağını, bu fiilin aynı zamanda ceza infaz kurumlarındaki güvenliği veya disiplini bozacak veya ceza infaz kurumlarındaki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi şartının arandığını ifade ederek Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiştir⁸⁸.

AYM’yi, disiplin cezalarını kurum içi düzen ile ilişki kurmaya götüren husus 5275 sayılı Kanun’un 37’inci maddesidir. Bir fiilin disiplinsizlik olarak kabul edilip yaptırma bağlanmasının temel şartı olan “*fiilin hizmet düzenini bozması*” şartı, 5275 sayılı Kanun’un 37’inci maddesi ile yasal dayanak bulmuştur⁸⁹. TSK D.K.’da ise sadece yetkili makamlara takdir hakkı tanınan durumlarda, bu takdir yetkisinin “*Disiplinsizliğin askeri hizmete olumsuz etkisinin ağırlığı*” dikkate alınarak kullanılması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. TSK D.K. m. 6’ya göre, disiplin amirleri takdir yetkilerini kullanırken disiplinsizliğin askeri hizmete olumsuz etkisinin ağırlığını dikkate alarak, aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme yaptırımlarını belli oranlarda uygulayabilecekleri gibi uyarma, kınama veya hizmete

marş söyleme ve slogan atma eylemlerinin cezalandırılması ise Kanun gereği mümkün değildir.” AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.03.2014-28954.

⁸⁸ AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, K.T. 10.10.2013, RG: 09.05.2014-28995.

⁸⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun:

Disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşulları

Madde 37- (1) Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır.

kısmi süreli devam yaptırımlarını bu gerekçe ile uygulamayabileceklerdir. Sadece Ceza İnfaz Kurumlarında uygulanacak disiplin suç ve cezaları için getirilen bu nitelikte bir düzenleme, TSK dâhil bütün kurumların disiplin kanunlarına yer bulmalı, bazı özel nitelikli istisnalar haricinde⁹⁰ fiilin hizmet düzenini doğrudan etkilemediği durumlarda yaptırım uygulanabilmesinin önüne geçilmelidir. Disiplin hukukunun amacı ve kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereğince, açık bir düzenleme olmasa bile verilen tüm disiplin ceza kararlarının denetiminde fiilin hizmet düzenini bozmuş olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

3. Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kurum İçi Düzeninin Özel Niteliği ve Asker Kişilerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Bu Özel Nitelik Karşısındaki Durumu

Temel hak ve özgürlükler ile disiplin yaptırımları arasında güçlü bir karşıtlık bulunmaktadır. Bu konuda kamu görevlisinin özgürlüğü ile kurum içi düzenin korunması arasında adil bir dengenin kurulması gerekir ve bu dengeyi kuracak olan da devlettir⁹¹. Kamu görevlisine Anayasa veya AİHS’de düzenlenen bir hakkını kullanmasından dolayı (örneğin greve katılan kamu görevlisi) disiplin yaptırımı uygulanabilmektedir. TSK D.K. bakımından ise siyasi içerikli konuşan (ifade özgürlüğü), garnizonu izinsiz terk eden (seyahat özgürlüğü), meslek kuruluşları, dernek veya vakıflara izinsiz üye olan (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü), siyasi partilere katılan, ideolojik veya siyasi faaliyetlere karışan, iffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayan ve gayri tabii mukarenette bulunan (özel hayat) bir asker kişiye uygulanan disiplin yaptırımları, asker kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde doğrudan sınırlayıcı bir etki göstermektedir. Bu nedenle asker kişiler ile ilgili disipline aykırı fiiller tespit edilirken Anayasa’nın 13’üncü maddesindeki ölçütlerin dikkate alınması zorunludur⁹².

⁹⁰ Avukatın özel yaşamındaki bir takım fiillerine, “hizmet düzeninin bozulmuş olması” şartına bakılmaksızın sırf “mesleğin itibarı”, “meslek vakarı” nedeniyle disiplin cezası verilebilmesini Avukatlık mesleğinin niteliği gereği kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu durumda müdahalenin sınırının tespiti de oldukça güç gözükmektedir. Konu hakkında bkz: Serkan AĞAR, “**Disiplin Hukuku Yönünden Avukatın Özel Yaşamı**”, TBB, S. 80, Y. 2009, s. 380-387.

⁹¹ AYM, B.N. 2013/8463, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195, Parag. 37.

⁹² AYM, B.N. 2013/8463, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195, Parag. 38.

Danıştay, yükseköğretim öğrencisinin, üniversite kampüsünün dışında şehir merkezinde bildiri okuyarak gösteri yaptığından bahisle iki yarıyıl uzaklaştırma cezası ile cezalandırmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada yükseköğretim kurumunun amacından yola çıkarak karar vermiştir. “...2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 4/a maddesinde ise, *yükseköğretimin amacı; öğrencilerin özgür ve bilimsel düşünce gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, beden, zihin, ruh, ahlak ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş, ilgi ve yetenekleri yönünde, yurt kalkınmasına ve ihtiyaçlarına cevap verecek, aynı zamanda kendi geçim ve mutluluğunu sağlayacak bir mesleğin bilgi, beceri, davranış ve genel kültürüne sahip olarak yetiştirmek olduğu belirtilmiştir. Yukarıda aktarılan düzenlemelerden; yükseköğretim kurumuna ait mahallerde, dil, ırk, din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak eylemi nedeniyle yükseköğretim kurumundan bir veya iki yarıyıl çıkarma cezası verilebilmesi için, cezaya neden olan eylemin yükseköğretim kurumuna ait kapalı ve acık yerlerde gerçekleştirilmesi, eylemin yükseköğretimin amaç ve ilkelerine aykırı düşen bir nedenle olması ve eyleme katılanların sayısı bakımından üniversitenin düzen ve güvenliğini bozacak nitelikte olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Aksine düşünce ise, birden çok öğrencinin bir araya gelerek gerçekleştirdiği eleştirel davranışların, yukarıda anılan yönetmelik maddesi kapsamında cezalandırılması sonucunu doğuracağı gibi, bu durum da yine yukarıda aktarılan yasa maddesindeki yükseköğretimin amacına ve anayasal hak ve özgürlüklere de ters düşecektir.”⁹³*

Bir diğer kararında ise Danıştay, Kürtçe’nin seçmeli ders olarak okutulması hakkında üniversite yönetimine sunulan dilekçe üzerine “dil, ırk, renk, din ve mezhep açısından kutuplaşmalara yol açıcı faaliyetlerde bulunmak” disiplinsizliğinden öğrencilere verilen iki yarıyıl okuldan uzaklaştırma cezasını, Yükseköğretim amaç ve ilkeleri kapsamında incelemiş ve dilekçe ile talepte bulunmanın Anayasal hak olduğu gerekçesi ile disiplin cezasını hukuka aykırı bulan ilk derece mahkemesi kararını onamıştır⁹⁴. AİHM ise, iç hukuk yollarının

⁹³ D8D., E. 2008/10897, K. 2012/153, K.T. 27.1.2012, DBM, (Nakleden: ÇAKMAK, s. 119).

⁹⁴ D8D., E.2003/1191, K.2003/5143, K.T. 03.12.2003; “...suçu sayılabilecek bir fiilin oluşması için, Yükseköğretim amaç ve ilkelerine aykırı düşen belli bir nedenle bir araya gelinerek bir makamın işgal edilmesi, işgalin süre ve katılanların sayısı bakımından üniversitenin düzenini ve güvenliğini tehdit edecek büyüklükte bulunması gerekir. Aksine bir kabul ile değerlendirilmesi halinde, birden çok

tüketilmesini beklemeden fiilin Kürtçe ders talepli bir dilekçe sunma olduğunu, davacıların, şiddete başvurmadıklarını, asayiş ve düzeni bozmadıkları, dolayısıyla meşru bir amaca hizmet etmediği ve orantılı olmadığı gerekçesi ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁵.

Konu TSK açısından disiplinin önemi ve asker kişi (ve askeri öğrenci) statüsü bakımından ele alınmalıdır. Örneğin yukarıda Danıştay ve AİHM'in kararlarına konu olan fiillerin askeri öğrenciler tarafından işlenmesi ve bu nedenle de disiplin yaptırımı uygulanması halinde temel hak ve özgürlüğün meşru bir amaçla sınırlandığından bahsedilebilecek midir? Bir kişinin sırf asker kişi olması ve güvenlik kamu hizmetini yerine getirmesi, temel hak ve özgürlükler hakkında yapılacak sınırlamaların gerekliliğine hangi oranda etki edecektir? Askeri hizmetin, konumuz bakımından ise askeri disiplinin önemi, farklı ve kendisine has özellikleri, temel hak ve özgürlükler konusunda daha fazla sınırlamalar yapılmasını gerekli kılar mı? Bu temelde, özellikle AİHM ve AYM tarafından, söz konusu kişilerin asker kişi olmaları ve hizmetin askeri hizmet olmasından dolayı farklı düzenlemeler yapılabileceği şeklinde görüşler ortaya konulmaktadır.

AİHM özellikle Engel kararında askeri disiplinin özel durumunu dikkate almıştır. Mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta, sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve uygulanması sırasında askeri yaşamın özelliklerinin ve silahlı kuvvetler mensuplarının durumu üzerindeki etkilerinin göz önünde tutulması gerektiğini belirttikten sonra *“askeri disiplin sistemi, doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplarına konulmasına imkân verir”*⁹⁶. ifadesiyle silahlı kuvvetler mensuplarıyla ilgili temel hak ve özgürlüklere ilişkin daha sınırlayıcı düzenlemeler yapılabileceğini ortaya koymuştur⁹⁷. Mahkemeye göre *“Sözleşmenin 5. maddesinin Devletlerden*

öğrencinin bir arada gerçekleştirdiği ortak eleştirel veya tepkisel davranışın, anılan madde kapsamında cezalandırılması sonucuna ulaşılacaktır. Böyle bir kabul ise Anayasa ile belirlenen hak ve özgürlüklere. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile tanınan kamu güvenliği ve düzenine aykırı olmayan toplantılara katılma özgürlüğüne ve sözü edilen yönetmelik kuralının öngördüğü amaca aykırı düşecektir.” D8D., E. 2005/1982, K. 2005/3870, K.T. 04.10.2005, DBM.

⁹⁵ Temel ve Diğerleri/Türkiye Davası, B.N. 36458/02, K.T. 03.03.2009, www.inhak.adalet.gov.tr. E.T. 15.02.2015.

⁹⁶ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 57.

⁹⁷ *“Ayrıca, askerlik hizmetlerinin gerekleri, silahlı kuvvetler mensuplarının seyahat özgürlüklerine daha geniş sınırlamalar konulmasını gerektirebilir.”* Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 59.

aşmamalarını istediği sınırlar, askerler ve siviller için aynı değildir. Bir sivil şahsa uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma oluşturabilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişilere uygulandığı zaman özgürlükten yoksun bırakma niteliğine sahip olmayabilir.”⁹⁸ Aynı şekilde AİHM, A.D/Türkiye davasında da askeri yaşamın ve askeri disiplinin özel niteliğine vurgu yapmış, “Bir sivil verildiğinde özgürlükten yoksun bırakma olarak görülebilecek bir disiplin cezası veya tedbiri, asker kişiye verildiğinde aynı şekilde görülmeyebilir.” gerekçesini kullanmıştır⁹⁹.

AYM ise greve katılan kamu görevlisine verilen cezayı demokratik bir toplumda gerekli bulmamış, ancak kararının 61’inci paragrafında, “demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür.” gerekçesi ile asker kişilerin sendikal haklarının kısıtlanmasının demokratik bir toplumda gerekli olabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁰.

AYM, izinli iken yurt dışı izni almaksızın yurt dışına çıkan asker kişinin bu fiilinin suç olarak tanımlanmasını Anayasa’ya aykırı görmediği kararında “Asker kişilerin yurt içinde izinli olsalar bile, yurt dışına çıkmaları bakımından ayrı bir izne bağlı olmaları askerlik hizmetinin ve onun ayrılmaz bir parçası olan askeri disiplinin gereğidir. Bu anlamda hizmetin gereği, asker kişiyi sivilten daha farklı bir hukuksal statü içine sokar.”¹⁰¹ gerekçesi ile askeri disiplinin önemi nedeniyle sivillere göre daha sınırlayıcı düzenlemeler getirilebileceğini ortaya koymuştur¹⁰².

⁹⁸ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 59; “AİHM, öte yandan, yargı yetkisinin, prensip olarak bir sivil toplum niteliği olması nedeniyle, ordunun, demokratik devletlerin anayasal öngörülerinde sahip olduğu özel konumun, ulusal güvenlik alanıyla sınırlı tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, ayrıca, silahlı kuvvetlerin iç düzenini ve hiyerarşik yapısını düzenleyen özel kuralların mevcut olduğunu da göz önünde bulundurmaktadır.” İçen/Türkiye Davası, B.N. 45912/06, K.T. 28.11.2011, <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/icen.pdf>, E.T. 15.12.2014.

⁹⁹ A.D/Türkiye Davası, B.N. 29986/96, K.T. 22.12.2005, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=5954>, E.T. 27.05.2014.

¹⁰⁰ AYM, B.N. 2013/8463, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195, Parag. 61.

¹⁰¹ AYM, E. 2002/166, K. 2004/3, K.T. 21.01.2004, RG. 02.07.2004-25510.

¹⁰² “... askerliğe ilişkin cezalarda ve cezalandırmalarda elbetteki değişik yönler ve tutumlar bulunacaktır. Bunlar, askerlik gereklerinden tecrit edilerek incelenirse hiç bir zaman isabetli bir değerlendirmeye varılamaz.” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.06.1966, RG: 27.06.1967-12632; “Zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ülkemizde, disiplinin temini amacıyla, zaman aşımı yönünden sivil kişiler tarafından işlenen suçlarda uygulanamayacak bazı farklı ve istisnai düzenlemeler yapılması gereklilik olarak görülebilecekse de...” AYM, E. 2012/143, K. 2013/48, K.T. 28.03.2013, Kazancı; “Askerlik Anayasa’da yeri olan bir müessesedir. (Anayasa-madde 60). Bu müesseseyi kendi

AYM yeni tarihli bir kararında ise, askerlik hizmetinin öneminin sivil yaşamda suç olarak sayılmayacak eylemleri suç olarak kabul edilmesini gerekli kılabileceğini ifade ederek askerlik hizmetinin önemi nedeniyle sivil yaşamdan farklı düzenlemeler yapılabileceği anlayışını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, kanun koyucu cezalandırma yetkisini kullanırken takdir yetkisine sahip olduğu, bu yetkiyi kullanırken suçun askerî suç olup olmasını da dikkate alacağı, zira askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki önemi, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmesini, daha ağır yaptırımlara bağlanmasını veya farklı yargılama usullerine tâbi olmasını gerekli kılabileceğini ifade etmiştir¹⁰³.

Özellikle AYM 1966 yılında verdiği bir kararında askerlik hizmetinin Anayasal ve yasal temelini ortaya koymuş ve bazı konularda TSK için getirilen ayrışık hükümleri askerlik hizmetinin önemi ve özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlara dayandırmıştır. Mahkemeye göre askerlik gibi çok ağır bir görevin başarı ile yerine getirilmesi, orantılı ağırlıkta yollar ve tedbirleri gerektirir. Mahkeme, *“Durum bu olunca askerliğe ilişkin cezalarda ve cezalandırmalarda elbetteki değişik yönler ve tutumlar bulunacaktır. Bunlar, askerlik gereklerinden tecrit edilerek incelenirse hiç bir zaman isabetli bir değerlendirmeye varılamaz.”* gerekçesi ile, idare tarafından uygulanan ve hürriyeti bağlayıcı ceza olan katıksız hapis cezasının askerliğe özgü bir ceza olduğunu, askerlik hizmetinin ve asker topluluğunun bünyesindeki özelliklerin doğurduğu bir ihtiyacı karşıladığı gerekçesi ile Anayasa’ya aykırı bulmamıştır¹⁰⁴.

önem ve özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlarla birlikte kabul etmek gerekir.” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.06.1966, RG: 27.06.1967-12632.

¹⁰³ AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, K.T. 27.03.2014, RG: 22.07.2014-29068; *“Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir.”* AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, K.T. 17.1.2013; AYM, E. 2012/9, K. 2012/103, K.T. 05.07.2012, Kazancı.

¹⁰⁴ *“Askerlik şerefli bir görevdir. Bu, şerefin korunması kaygısı en ağır müeyyideleri dahi haklı kılar. Askerlik şerefine leke sürenlerin, yerine göre hapis, ağır hapis, hatta idam cezasıyla cezalandırılmaları yeterli değildir. Böylelerinin bir daha geri alınmaksızın asker topluluğunun dışına atılmaları, askerlikle olan ve askerlik hizmetinden doğan bütün ilişkilerinin kesilmesi ve bu ilişkileri hatırlatacak bütün izlerin silinmesi; kısacası: Hiç askerlik hizmetine girmemişler gibi bir duruma getirilmeleri gerekir.”* AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.06.1966, RG: 27.06.1967-12632.

Disiplin hukuku bağlamında “askeri hizmetin gerekleri” kavramının anayasal temeli AY. m. 38’deki “*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.*” hükmüdür. Söz konusu hüküm salt asker kişi statüsünde bulunmayı değil Silahlı Kuvvetlerin iç düzenini istisna tutmuş, askeri disiplinin öneminde dolayı farklı düzenlemeler yapılabileceği anlayışına temel oluşturmuştur.

Asker kişi olmak bazı temel hak ve özgürlükler konusunda daha sınırlandırıcı kurallara tabi olunmasını demokratik toplum düzeninde gerekli ve meşru kılabilir. Askeri hizmetin kendine has özelliği gereği, asker kişilerin seyahat ve sendikal özgürlükleri, ifade özgürlükleri sivil kişilere göre daha fazla kısıtlanabilir. Örneğin asker kişilerin siyasi içerikli konuşma yapmaları yasaklanarak ifade özgürlükleri, askeri hizmetin gerekleri dikkate alınarak seyahat etmeleri belli ölçülerde kısıtlanabilir. Disiplin hukuku bakımından ise, daha ağır ve hürriyeti bağlayıcı nitelikte disiplin yaptırımı türleri getirilebilir, disipline aykırı fiiller nedeniyle uygulanan yaptırımlar asker kişinin özgürlük alanını diğer kamu görevlilerine göre daha fazla sınırlandırabilir. Ancak askerlik hizmeti ve asker kişi olmak hak arama özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesini¹⁰⁵, adil yargılanma hakkı ve ceza hukukuna ilişkin güvencelerden yararlanılamamasını, disiplin karar verme sürecinde adil yargılanma hakkına uygun olmayan yöntemlerle karar alınmasını, savunma hakkının kısıtlanmasını, hakkında eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapılmasını ve özel hayatına müdahalede bulunulmasını (iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya yaşamak fiilinin cezalandırılması örneğinde olduğu gibi), asker kişinin özel yaşamının disipline edilmesini (kontrol altında tutulmasını) hiçbir şekilde gerekli kılmaz.

Disiplin yoluyla asker kişilerin hak ve özgürlüklerine getirilecek sınırlamalar mesleki hayatın sınırlarını aşmamalıdır. AYM cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette dolaştığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarılan başvuru hakkında verdiği bireysel başvuru kararında, “*Başvurucu, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, yalnızca meslekî hayatını değil, özel hayatını da ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalmıştır. Bu kapsamda*

¹⁰⁵ TSK D.K. gerekçesinde asker kişilere verilen tüm disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurma hakkının askeri disiplini olumsuz yönde etkileyeceğinden bahsedilmektedir.

başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamı meslekî hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda, idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, özellikle başvurucunun özel yaşamına dikkat etmediği, genel ahlak değerlerini zedeleyici tutum ve davranışlarda bulunduğu, özel yaşamıyla ilgili olumsuz duyumlar alındığı ve cinsel içerikli eylemlerine ait görüntülerin çekilmesine izin vermek suretiyle işlediği fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler kapsamında olduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmaktadır.” gerekçesi ile Anayasa’nın 20’nci maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰⁶.

Aynı şekilde Danıştay’da mahremiyet alanı içerisinde rızasıyla eşcinsel ilişkiye girme fiili nedeniyle hakkında meslekten çıkarma cezası tesis edilen kamu görevlisine ilişkin kararında, meslekten çıkarma cezasının iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını, Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin 5’inci fıkrasına istinaden AİHS’in “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı” başlıklı 8’inci maddesine ve Anayasa’nın 20’nci maddesinin birinci fıkrasına dayanarak “... söz konusu fiilin bir disiplin suçu olarak değerlendirilerek davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasının Anayasa’nın 20/1. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının” ihlali sonucunu doğuracağı anlaşıldığından,...” gerekçesi ile bozmuştur.

AYM ve Danıştay’ın bu yaklaşımı AYİM tarafından asker kişiler için de ortaya konulmalı, askeri hizmetin gerekleri kavramı bu konuda oldukça dar kalıplara sığdırılmalıdır. Askerlik hizmeti ve bu hizmetin gereklerinin daha fazla önem arz etmesi, askerlik hizmeti içerisinde bulunan kişilerle ilgili her zaman farklı muameleler yapılmasına gerekçe oluşturmaz. Suç işlenmesinin önlenmesi ve disiplinin tesisi adına askerlik hizmeti açısından ciddi tedbirlerin alınması

¹⁰⁶ AYM, B.N. 2013/1614, K.T. 03.03.2014.

gerekebilir. Askeri disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması mümkündür. Ancak burada özgürlük ile disiplin yoluyla getirilecek sınırlama dengesine dikkat edilmesi, adil bir denge kurulması gerekir¹⁰⁷. Devletin güvenliğinin sağlanması amacıyla asker kişinin temel hak ve özgürlükleri ölçüsüz bir şekilde kısıtlanmamalıdır. Askeri disiplinin tesisi amacıyla zorunlu olmadıkça diğer kamu görevlileriyle asker kişiler arasında farklılık yaratma yoluna gidilmemelidir. Askerlik hizmetinin kendine has özellikleri, asker kişiler ile sivil kişiler arasında farklı muameleye neden olan her durumun meşrulaştırmasının bir gerekçesi olamaz. Asker ve sivil kişiler arasında statüleri gereği elbette farklılıklar vardır ama bu farklılıklar asker kişiler aleyhine temel hak ve özgürlükler anlamında eşitsizlik yaratmak için kullanılmamalıdır.

Silahlı Kuvvetlerde disiplinin en önemli unsuru mutlak itaattir. TSK'nın vazifesini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için bu itaat hissini güçlü bir şekilde sağlaması gerekir. Mutlak itaat kavramı ise şekli disiplini dışlar. TSK için hayati öneme sahip olan disiplinin sağlanması amacıyla Anayasa ile bireylere getirilen hukuki güvencelerin (hak arama özgürlüğü gibi) bir kısmına istisna hükümleri getirilmiştir. Ancak itaat hissini sadece silahlı kuvvetler mensuplarının haklarını kısıtlayarak sağlamaya çalışmak şekli bir disiplin sisteminin kurulmasına, disiplinin hizmetten kopuk bir şekilde kutsallaşmasına yol açacaktır.¹⁰⁸ Hak ve özgürlükleri kısıtlayarak, kurumsal disiplini sağlamak için kullanılan yetkileri yargısal denetim dışında bırakarak itaat hissi kazandırılmaz. Bu yolla sadece şekli bir disiplin sistemi kurulmuş olur ki böyle bir disipline sahip Silahlı Kuvvetler vazifesini etkin bir şekilde yerine getiremez.

¹⁰⁷ "Yukarıda belirtilen disiplin süreci ile idari ve adli makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşılmakla, başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." AYM, B.N. 2013/1614, K.T. 03.03.2014.

¹⁰⁸ "Grup, iç düzenini sağlayıcı işlemlerin ifasını kendine görev edindiği çıkar ve değerlerin aleyhine kutsallaştırma eğilimi gösteriyorsa o zaman kendi sonuna koşuyor demektir." Delperee, Francis, Le Droit Disciplinaire Unité ou Diversité" Tevue Trimestriel des Droits de l'Homme (Numéro Spécial, Le Droit Disciplinaire) No: 22, Bruxelles, s. 342-343, (Nakleden: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 130).

II. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ İDARİ YAPTIRIM NİTELİĞİ

Her canlı gibi insan da varlığını korumak ve geliştirmek ihtiyacı hisseder. Bunun için de belli araçlara sahip olması gereken insan, bunu tek başına elde edemediği için diğer insanlarla birlikte yaşamak zorunda kalmış ve tarih içerisinde de her zaman bir topluluk içinde görülmüştür¹⁰⁹.

Toplum içerisinde yaşayarak belli ilişkiler kuran insanların bu ilişkilerinin bir düzen içerisinde yürütülmesi için “*toplumsal düzen kuralları*”¹¹⁰, “*sosyal kontrol araçları*”¹¹¹ getirilmiştir. Din, ahlak ve hukuk kurallarından oluşan toplumsal düzen kurallarından en kuvvetli ve geçerli olanı hukuk kurallarıdır¹¹².

Hukuk niteliğinde zorlayıcılığı (cebir) taşımaktadır. Norm olarak hukuk, doğa kanunlarının aksine, kendisine aykırı bir davranış olanağını, niteliği gereği her zaman içinde saklamaktadır. Bu nedenle normlara aykırılık durumlarında hukukta bir zorlama düşünülmekte ve bu da hukukun zorlayıcılık karakteri olarak onun niteliğine dâhil edilmektedir¹¹³. Hukuk kurallarını yaptırım kavramı ile ilişkilendiren temel özelliği emir ve yasaklar içermesinin yanında bağlayıcı ve zorlayıcı karaktere sahip kurallar şeklinde olmasıdır¹¹⁴. Cebir yani zorlayıcılık yaptırımın özünü oluşturmakta, hukuk normlarına uyumun sağlanması ve sürdürülebilmesi zorlayıcılığın sürekli biçimde korunmasına bağlı bulunmaktadır¹¹⁵.

Hukukun zorlama aracı olan müeyyide, hukuki bir ödevin yerine getirilmemesi olarak ortaya çıkacak olan hukuka aykırılığa gösterilen bir tepki, formel bakımdan ise bizzat hukuka aykırı davranışın zararlı sonuçlarının ortadan

¹⁰⁹ ARAL, s.18; Aristoteles’in “insan sosyal bir varlıktır” sözü bu anlamda bir gerçeği ifade etmektedir. Adnan GÜRİZ, **Hukuk Felsefesi**, Ankara, 2003, s. 171.

¹¹⁰ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, 1998, s. 1.

¹¹¹ Köksal BAYRAKTAR, “**Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı**”, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, İstanbul, 1984, s. 203-204.

¹¹² Mukbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara 1977, s. 15.

¹¹³ ARAL, s. 67.

¹¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş, s. 8.

¹¹⁵ GÜRİZ, s. 76.

kaldırılmasıdır¹¹⁶. Bu nedenle mevzuat ihlali ve zorlama unsurlarını birlikte barındırmayan hukuki tasarruflar yaptırım olarak nitelendirilemeyecektir¹¹⁷.

Kamu hukukunda müeyyide, bir hukuk kuralının içeriğini oluşturan emir veya yasağa uyulmasını sağlayan vasıta, diğer bir ifade ile bu emir veya yasağa aykırı davranışlara karşılık gelen cezadır¹¹⁸. Dolayısıyla idarenin müeyyide uygulaması kendi faaliyet alanıyla ilgili konulan emir ve yasaklara uymayı sağlama arzusunun ifadesidir¹¹⁹. Adli suçlarda subjektif hakka tehdit ve ihlal bir suç teşkil ettiği halde idari suçlarda, bir kaideye veya idari bir emre karşı itaatsizlik suç teşkil etmektedir¹²⁰.

Gölcüklüye göre, idare tarafından uygulanan müeyyideler cezalandırıcı müeyyideler olup, burada cezalandırıcı müeyyide tatbikine idari bir unsur karıştığından (bu idari unsur müeyyideyi tatbik eden makamın mahkeme değil idare olmasıdır) idari ceza hukukundan söz edilmektedir¹²¹. Aynı şekilde Zanoşini’de idari yaptırımları ceza yaptırımlarından ayırmada temel ölçüt olarak, söz konusu yaptırımın idare tarafından uygulanması olarak göstermektedir¹²². Gerçektende uygulanan yaptırımın idari yaptırım olmasını sağlayan temel ölçüt organik ölçüttür, yani yaptırımın doğrudan idare tarafından uygulanmasıdır¹²³.

AYM’ye göre idari yaptırımlar “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlar, verdiği cezalar(dır).*”¹²⁴ İdari yaptırımların “*İdari bir makam tarafından tek taraflı olarak idare hukuku*

¹¹⁶ ARAL, s. 67; DÖNMEZER, s. 3; OĞURLU, Yargısal Korunma, s. 21.

¹¹⁷ ULUSOY, s. 5.

¹¹⁸ “Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır.” AYM, E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23.10.1997, RG: 16.01.1999-23585.

¹¹⁹ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 117.

¹²⁰ ZANOŞİNİ, s. 304.

¹²¹ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.118; ZANOŞİNİ, s. 316.

¹²² ZANOŞİNİ s. 316-317.

¹²³ İdari müeyyidelerde bir nevi maddi ceza hukuku ceza usul hukuku bulunmaksızın doğrudan doğruya idari organlar vasıtasıyla tatbik edilmektedir. Bir nevi ceza hukuku idare hukuku hizmetine girmiştir. ZANOŞİNİ, s. 317.

¹²⁴ AYM, E. 1996/48, K. 1996/41, AMKD, C. 1, S. 33, s. 181-182; AYM, E. 200/43, K. 2004/60, K.T. 13.5.2004, Kazancı.

alanında kamu gücünün kullanılması suretiyle tesis edilmeleri nedeniyle idari bir işlem oldukları tartışmasızdır.”¹²⁵

Dar anlamda disiplin hukuku kamu görevlileri arasındaki disiplini sağlamaya yönelik iken, esasında idari yaptırımlar toplum disipliniyi sağlamaya yönelmiş vasıtalar¹²⁶. Ancak ceza hukuku ile sağlanmaya çalışılan toplum disiplini bunlardan farklı olup, ceza hukuku müeyyideleri ile toplum disiplininin ana hatları çizilmekte, idari müeyyideler ile de idari fonksiyon açısından bu ana hatlar arasında kalan boşluklar doldurularak dar anlamda toplum disiplini yaratılmaktadır¹²⁷.

İdari yaptırımlar, kamu personeline ve öğrencilere uygulanan disiplin yaptırımları, işyeri kapatma, çeşitli tür veya ağırlıktaki para cezaları, radyo ve televizyon yayınlarının durdurulması gibi çok değişik türlerde ortaya çıkabilmektedir¹²⁸. Ulusoy idari yaptırımları “idari cezalar” ve “idari tedbirler” olmak üzere ikiye ayırmış, idari cezaları da “regülatif cezalar”, “kabahat cezaları” ve “disiplin cezaları” olarak üçe ayırmıştır. Yazarı bu ayrıma götüren temel saik, önemli nitelikteki ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanacağı yaptırım türlerinin belirlenmesi hususudur. Nitekim yazar’a göre idari cezalara idare hukuku ilke ve kuralları yanında ceza hukukunun “çekirdek” hukuki güvenceleri de ayrıca uygulanacak, idari tedbirler için idare hukuku ilke ve kuralları ile idari usul kuralları dışında ayrıca ceza hukuku gibi başkaca hukuk kurallarının ilke ve kuralları uygulanmayacaktır¹²⁹.

İdari yaptırımların ilk ve en eski ortaya çıkış şekli disiplin yaptırımları ile olmuştur¹³⁰. İdari yaptırımların ceza hukukuna en fazla yaklaşan türü de disiplin yaptırımlarıdır.¹³¹ Disiplin ceza yaptırımları adli ceza yaptırımlarına usul ve esas

¹²⁵ D13D., E. 2006/1511, K. 2007/1189, K.T. 9.3.2007, Kazancı; “İdari yaptırımlar başlı başına bir hukuk dalı değil, idare hukukunun bir kısmıdır.” ZANOĞİNİ, s. 317.

¹²⁶ “İdari para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır.” AYM, E. 1997/19, K. 1997/66, K.T. 23.10.1997, RG: 16.01.1999-23585.

¹²⁷ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.131-133.

¹²⁸ Mehmet SAĞLAM, **Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003, s. 6.

¹²⁹ ULUSOY, s. 11.

¹³⁰ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.158.

¹³¹ İl Han ÖZAY, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul, 1985, s. 43.

açısından benzemesi nedeniyle diğer idari yaptırımlardan ayrılmaktadır¹³². Disiplin yaptırımlarında caydırma, bastırma/cezalandırma ön planda olduğundan bu cezalar idari tedbir değil idari ceza kategorisindedir¹³³. Çünkü “*disiplin cezaları idarenin ağır ve zedeleyici işlemlerinin çekirdeğini oluşturur.*”¹³⁴ Bu nedenle de temel nitelikteki ceza hukuku ilke ve kuralları disiplin yaptırımları için de uygulama alanı bulacaktır. Salt askeri disiplinin önemi gerekçesi ile ceza hukuku ilke ve kurallarının asker kişilere verilen disiplin cezalarına uygulanmamasını savunmak mümkün değildir.

B. DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ İDARİ İŞLEM NİTELİĞİ

1. Bir Tür İdari İşlem Olarak Disiplin Yaptırımları

Disiplin yaptırımlarının adli cezalara yakınlığı, anayasal düzeyde bir takım düzenlemelere konu olması, bu yaptırımların uygulanmasında yargısal usullere benzer ayrıntılı bir takım kurallar getirilmesi ve verilen disiplin cezalarına karşı öngörülen başvuru yollarındaki farklılıklar, bu yaptırımların hukuksal niteliği konusunda farklı görüş ve değerlendirmelerin ortaya çıkmasına neden olmuştur¹³⁵.

Disiplin yaptırımlarının yargısal işlem, yargı benzeri işlem ve klasik idari işlem olduğu yönünde birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle yabancı doktrinde ifade edilen yargısal benzeri işlem görüşüne göre disiplin yaptırımları ne mutlak anlamda idari işlem ne de tam olarak yargısal işlemdir¹³⁶.

İdari mercilere yargısal işlem yapma yetkisi verilebilir¹³⁷. Bu nitelikteki idari işlemler organik olarak idari olsalar da işlevsel olarak yargısal işlemlerdir ve iptal davasına konu edilemezler. Nitekim Fransa’da eğitim, sosyal yardım, askeri işler, kamu maliyesi gibi konular ile mesleki faaliyetler yanında özellikle disiplin hukuku

¹³² AKYILMAZ, s. 4.

¹³³ ULUSOY, s. 17.

¹³⁴ AKYILMAZ, s. 18.

¹³⁵ SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 23.

¹³⁶ Flaus, Jean François, Convention Européenne Des Droits De L’Homme Et Repression Disciplinaire Dans La Fonction Publique Française, Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme (Numero Special, Le Droit Disciplinaire), No: 22, Bruxelles 1995, s. 201-202, (Nakleden: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 155).

¹³⁷ Feyyaz GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, AÜSBFD, C. XVIII, S. 2, Haziran 1963, s. 200.

alanında birçok kurul ya da komisyona yargısal yetkiler tanınmıştır.¹³⁸ Belçika’da disiplin işlemleri yargısal düzen içerisinde görülmekte iken¹³⁹ Fransa’da disiplin kurullarının kararları idari işlem olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰.

Türk Hukukunda ise idare ve vergi mahkemeleri kurulmadan önce İl ve İlçe İdare Kurullarına (5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m. 62), Vergi İtiraz Komisyonları ile Vergiler Temyiz Komisyonuna (213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 379 vd.), Gümrük Hakem Heyetine (1614 sayılı Gümrük Kanunu m. 80) yargısal görev ve yetkiler verilmiş olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır¹⁴¹.

Özellikle 788 sayılı Memurin Kanununa göre oluşturulmuş inzibat komisyonları (disiplin kurulları), Danıştay’ca yargısal sıfat ve yetkiye sahip kurullar, bu kurulların verdikleri kararlar da yargısal karar olarak nitelendirilmiştir.¹⁴² Bu nitelendirmenin en temel gerekçesi ise, bu kurulların idari hiyerarşi dışında örgütlenmeleri ve karar alma sürecinde yargısal usuller (örneğin tanık dinleme ya da dinletme ve bunu yeminle yapma, vekil vasıtasıyla savunma yapma gibi¹⁴³) kullanılmasıdır. Onar’da aynı gerekçelerle inzibat komisyonlarının organik bakımdan idari olmakla birlikte fonksiyonel bakımdan kazai bir organ olduklarını

¹³⁸ Celal ERKUT, **İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s. 72.

¹³⁹ SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 154.

¹⁴⁰ G. Vedel, *Droit Administratif*, 1961, s. 561, (Nakleden: GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I. 2013, s. 887).

¹⁴¹ Bu kurulların yargısal görev ve yetkilerinin idari yargının yeniden yapılandırıldığı 1982 yılında çıkarılan 2576 sayılı Kanunun 15’inci maddesindeki “*İdare ve vergi mahkemelerinin görev alanına giren ve kanunlarla çeşitli kurul ve komisyonlara verilmiş bulunan görev ve yetkiler, bu mahkemelerin göreve başladığı tarihte sona erer.*” hükmü ile ortadan kalktığı kabul edilmektedir. ERKUT, *İdari İşlemin Kimliği*, s. 72; SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 156. Bu kararla de bir bakıma bu kurul ve komisyonların bu tarihe kadar vermiş oldukları kararların yargısal kararlar oldukları kabul edilmiştir. SAĞLAM, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 27. Şu anda günümüz Türk İdare Hukukunda yargısal yetki ve görevlerle donatılmış idari kurulların varlığından söz etmek mümkün değildir. ERKUT, *İdari İşlemin Kimliği*, s. 72; SAĞLAM, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 31; Bu kurullarca yapılan denetimin yargısal denetim olmadığı hakkında bkz: GÖLCÜKLÜ, *İdari Ceza Müeyyideleri*, s. 198.

¹⁴² GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I. 2013, s. 887; AKILLIOĞLU, *Savunma Hakları*, s. 154; “*Danıştay’ın müstakar hale gelen içtihatlarıyla teyit edildiği veçhile inzibat komisyonları idari bir merci olmakla beraber verdikleri kararlar kazai bir niteliği taşıdığı da şüphesiz bulunmasına mebni idare amirleri tarafından resen verilen tevbih cezası kararlarında dahi aslen kazailik vasfı bulunduğu derkardır. Zira inzibat komisyonu kararıyla verilmiş olan tevbih cezasıyla amir tarafından resen tertip edilen tevbih cezası arasında hukuki mahiyetleri ve neticeleri bakımından esaslı bir farkın mevcudiyetinin düşünölemeyeceği...*” D3D, E. 52/53, K. 52/40, K.T. 22.05.1952, (Nakleden: SAĞLAM, *Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 30); Aynı yönde bkz: D5D., E. 1967/3831, K. 1970/562, K.T. 24.02.1970, DD, S. 2, 1971, s. 188, DİDDK, E. 1969/171, K. 1969/427, K.T. 09.05.1969, AİD, C. 3, S. 4, Aralık 1970, s. 207-208, (Nakleden: AKILLIOĞLU, *Savunma Hakları*, s. 154).

¹⁴³ SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 156.

ifade ederek, aslında verdikleri kararların yargısal nitelikte kararlar olduğunu savunmaktadır¹⁴⁴.

İnzibat komisyonlarınca alınan kararların yargısal karar olarak nitelendirilmesinin gerekçesi her ne kadar yargısal usullerin kullanılması ve kararı veren makamın idari hiyerarşi dışında bulunması olarak gösterilse de, Danıştay'ın disiplin ceza kararlarını yargısal işlem, inzibat komisyonlarını ise yargı mercii olarak nitelendirmesinin asıl gerekçesi kurulların kararlarına karşı öngörülen yargısal yolun farklılığı, yani dava yolu yerine temyiz yolunun öngörülmesi olmasıdır¹⁴⁵.

Danıştay, başlangıçta bu gerekçelerle disiplin kurulu kararlarını yargı kararı olarak kabul ediyor iken 1970 yılından sonra verdiği kararlarda bu görüşünü değiştirmiş ve disiplin yaptırımlarını idari karar saymıştır¹⁴⁶. Söz konusu kararda Danıştay, disiplin yaptırımlarını idari karar olarak nitelendirirken 1961 Anayasası'nın 118'inci maddesine dayanmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kabul ettiği yeni disiplin rejimi yürürlüğe girmeden önce 1970 yılında verilen bu karar kararda şöyle denilmiştir: *“Memurlar hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ait hükümler ise Anayasanın 118 inci maddesinde, idare bölümü içinde yer almıştır. 118 inci maddede disiplin kurullarınca verilecek olan kararların yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamayacağı açıkça ifade olunmak suretiyle bu kararlar idari bir işlem telakki edildiğinden, ortada 521 sayılı Kanunun 31 inci maddesinde yer alan alt idari yargı merciiince verilmiş yargı kararının mevcut olduğundan bahsedilemez*¹⁴⁷.

Danıştay'ın disiplin yaptırımlarını idari karar olarak nitelendirdiği temel kararları 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun kabul ettiği yeni disiplin rejimi sistemi sonrasına rastlamaktadır. 1972 tarihinde yapılan değişiklikler ile memuriyetten çıkarma cezasında memurun bağlı olduğu yüksek disiplin kurulları

¹⁴⁴ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1192-1198; (Nakleden: SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 25); Bir kurulun üyelerinin bağımsız olması ve yargısal usuller kullanarak karar alması bu mercie yargılama mercii sıfatının verilmesi için yeterli değildir. Bu nedenle inzibat komisyonlarını idari merci saymak gerekir. GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Müeyyideleri, s. 201.

¹⁴⁵ SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 26.

¹⁴⁶ SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 156.

¹⁴⁷ DİDDK, E. 70/143, K. 70/253, K.T. 10.04.1970, (Nakleden: SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 29, dn. 77).

yetkili kılınmıştır. Bu kurullar 788 sayılı Memurin Kanunu ile kurulan inzibat komisyonları gibi yargısal usuller kullanarak karar alan, bir yönüyle de idari hiyerarşiden bağımsız kurullardır. Ancak temel değişim Danıştay’a yapılacak itirazın temyiz davası niteliğinde değil iptal davası niteliğinde oluşudur. Danıştay’ın içtihat değişikliğine giderek disiplin yaptırımlarını idari karar olarak nitelendirmesinin temel nedeni de verilen kararlara karşı gidilen yargı yolunun temyiz davası değil iptal davası niteliğinde oluşudur.¹⁴⁸

Yargısal usuller kullanılarak alınan disiplin cezası kararlarını “yargısal işlem” saymak, AYM’nin bu alanın belirlenmesinde aradığı “*yargıç güvencesine sahip kimselerden oluşan bağımsız yargı yeri*” ölçütüne de uymamaktadır¹⁴⁹. AYM’ye göre bir merciin yargı merci olarak kabul edilebilmesi için yargısal usuller uygulayarak karar vermesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu merciin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması gerekmektedir¹⁵⁰. Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi de bu konuda organik kriteri katı bir şekilde uygulamakta, yargısal usuller kullanılarak alınan ancak idareden çıkan kararları idari karar olarak nitelendirmektedir¹⁵¹. Nitekim Gözübüyük/Tan’a göre, disiplin kurullarının yapısı, memurlardan oluşması, bu disiplin kurullarının yargı yeri gibi hareket etmesini önleyen bir eksiklik¹⁵². Gölcüklü de, 1961 Anayasasının yargısal denetim konusunda getirdiği sistemi ayrıntılı inceleyerek, yargılama yapacak makamın bağımsız bir organ olmasını ve hâkimlik teminatı esaslarına göre düzenlenmesini ana nitelik olarak kabul etmekte ve bu niteliklere sahip olmayan merciler tarafından yapılan işlemleri yargısal işlem olarak kabul etmemektedir¹⁵³.

¹⁴⁸ 657 sayılı Kanun’da 2 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yapılan değişiklik ile Danıştay’a başvurma konusundaki farklılık giderilerek tüm cezalara karşı Danıştay’a başvurulabileceği hükme bağlanmış, bu başvurular ise bir iptal davası olarak görülmüş ve ilk derece idari yargı organı olarak Danıştay’ca karara bağlanmıştır. SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 28-30.

¹⁴⁹ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 104.

¹⁵⁰ AYM, E. 1987/5, K. 1987/21, K.T. 24.09.1987, AYMKD, S. 23, s. 358-367, SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 155; Bu yöndeki kararlar için bkz: Sait GÜRAN, **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul 1977.

¹⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1960/50, K. 1960/ 53, K.T. 24.12.1960, RG: 10.2.1961-10730; Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 962/8, K. 962/11, K.T. 14.04.1962, RG: 02.06.1962-11118; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 104; SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 156.

¹⁵² GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 887.

¹⁵³ “Bir merciin kaza organı olarak vasıflandırılabilmesi için, kazai bir usul uygulamasından başka, üyelerin de bağımsız olması ve hâkim niteliğini haiz ve hâkim statüsünde bulunması şarttır.”, GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Müeyyideleri, s. 197-198-201.

Disiplin yaptırımlarının hukuki niteliklerinin ortaya konulabilmesi için “yargısal kararlar” ile “yargısal benzeri usuller uygulanarak alınan kararlar” ayrımında yola çıkmak gerekir. Disiplin yaptırımları idari kimliklerini korumasının yanında, ortada bir uyuşmazlığın iddia tespit ve müeyyide aşamaları kullanılarak çözülmesi, tanık dinleme, keşif yapma, savunma hakkı tanıma gibi yargısal benzeri usuller kullanılarak karar alınması işlevi vardır. Ancak disiplin yaptırımı uygulamak gibi idari görev ve yetkilerin yerine getirilmesi dolayısıyla yetkili idari makamların yargısal benzeri usuller kullanması söz konusu işlemin idari niteliğini etkilemeyecek, bu işlemi yargısal işlem haline getirmeyecektir.¹⁵⁴ Yargısal usuller kullanılarak alınan her kararın yargısal karar olarak kabul edilmesi ve bu kararı alan mercilerin de yargısal merci olarak kabul edilmesi halinde yargı yerine dönüşmeyecek merci neredeyse kalmayacaktır¹⁵⁵. Disiplin ceza kararlarına ilişkin Anayasa’da ayrıca hükümler bulunması bu kararların idari niteliklerini etkilemez. Bu düzenlemeler Anayasa’nın bir vurgulaması ya da bu tür kararlara karşı yargı denetimi güvencesinin özel olarak vurgulanması anlamında yorumlanması gerekir¹⁵⁶.

AYM bir kararında, disiplin cezalarını 1961 Anayasasının idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunu düzenleyen hükmü (1961 AY. m. 114) kapsamında değil, disiplin cezalarının yargısal denetimi konusunda düzenleme yapan 118’inci maddesi kapsamında ele almış, “*Disiplin cezalarına ait kararlar idari işlem ve eylemlerden ayrı tasarruflardır.*” nitelendirmesini yaparak bu yaptırımları idari işlemlere göre farklı bir konuma yerleştirmiştir.¹⁵⁷ AYM’ye göre disiplin kararları yönetsel işlemler içerisinde memur teminatına ilişkin olmaları nedeniyle diğer idari

¹⁵⁴ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 72; SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 156; SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 26; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 104-105; GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 130-156; ÖRÜCÜ, s. 810.

¹⁵⁵ GÜRAN, s. 79-80. Yargısal görev ve yetkilere sahip olan kurullar “yargısal görevleri de olan idari kuruluşlar” olarak kabul edilmelidirler. A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, **İdari Yargı**, TODAİE Yayını, Ankara, 1970, s. 33-34; ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 104.

¹⁵⁶ AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 154.

¹⁵⁷ AYM, E. 1963/114, K. 1963/190, K.T. 12.07.1963, AMKD, S. 2, s. 32; Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz: Onur KARAHANOGULLARI, “**Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri**”, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 8, S. 3, Temmuz 1999, s. 58, SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 23; “*İncelenen sorun’un bir disiplin sorunu olduğu anlaşılınca konunun, Davacının gerekçesinde olduğu gibi Anayasa’nın 138. değil 118. maddesi kapsamına girdiği de kolayca görülür. Bu görüş, önce disiplin yoluyla cezalandırma yetkisi üzerinde aydınlığa ve açıklığa varmak şartıyla, tartışmayı sadeleştirecek ve isabetli bir sonuca varmayı kolaylaştıracaktır.*” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.06.1966, RG: 27.06.1967-12632.

işlemlerden “ayrı olma niteliğine” sahiptir¹⁵⁸. Ancak Yüksek Mahkeme bir diğer kararında ise, askeri disiplin hukukunda disiplin amirleri tarafından verilen kısa hapis cezalarının yargısal kararlardan farklı kararlar olduklarını vurgulayarak anayasaya aykırılık sorununu incelemiştir.¹⁵⁹

AYİM’de disiplin yaptırımlarını idari işlem olarak nitelendirmektedir. Mahkemeye göre “*Disiplin amirlerince disiplin suçlarından ötürü verilen cezalar idari işlem niteliğindedir. ... bir disiplin amirinin kanunun tanıdığı yetki içinde ve çizdiği yola uyarak emrindeki asker kişilere ceza vermesinin bir yasama veya yargı faaliyeti olmadığı, bir idari işlem tesisi niteliğinde bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.*”¹⁶⁰

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Disiplin Kurulunca verilen disiplin cezasına itiraz edilmesi üzerine, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulu’nun bu cezayı onama kararının mahiyetinin de idari bir işlem mi yoksa yargısal bir faaliyet mi olduğu konusunda yapılan değerlendirmede Mahkeme, “*Yukarıdaki açıklamalar ışığında organik ve maddi kriterler çerçevesinde yapılan değerlendirmelerden sonra ulaşılan kanaat, AYİM Genel Kurulunun onama kararının da bir idari işlem olduğu yönünden gerçekleşmiştir.*”¹⁶¹ değerlendirmesini yapmıştır.

Aynı şekilde Danıştay’da disiplin yaptırımlarının idari niteliklerini “*suçun cezalandırılması işlemi bir yargı kararı niteliğinde iken, disiplin cezasının yargısal bir karar değil, yönetsel bir işlem özelliğinde(dir)*”¹⁶². ifadesiyle ortaya koymaktadır. Ancak Danıştay her ne kadar disiplin ceza kararlarını idari işlem olarak nitelendirse de, disiplin cezalarının geri alınamayacağı konusundaki katı tutumu ve kararlarında kullandığı “*Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır.*”¹⁶³, “*Disiplin cezalarının yarı yargısal bir niteliğinin bulunduğu, idare hukukunda genel*

¹⁵⁸ Tekin AKILLIOĞLU, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1983, s. 157.

¹⁵⁹ AYM, E. 132/1963, K. 29/1966, K.T. 28.6.1966, RG: 27.06.1967-12632.

¹⁶⁰ AYİM, 2.D., E. 1985/113, K.1985/168, K.T. 10.2.1985, AYİMD, S. 7, 1993, s.329-332. (Nakleden: Muharrem KÖSE, **Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Selçuk Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2009, s. 112, dn. 472)

¹⁶¹ AYİM Daireler Kurulu, E. 2003/56, K. 2004/19, K.T. 16.1.2004, Kazancı.

¹⁶² D12D., E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı.

¹⁶³ D8D., E. 1998/4988, K. 1998/3015, K.T. 12.10.1998, DD, S: 99, s. 380 vd.

Kabul görmüş bir yaklaşımdır.”¹⁶⁴ gerekçeleri ile disiplin ceza kararlarını idari kararlardan da “farklı bir konuma” oturtmakta, bu farklı konumu ise yaptırım kararının yarı yargısal niteliğine bağlamaktadır.

İdari işlem “idari makamların kamu gücü ve kudreti ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıkla(ması)”¹⁶⁵ olarak tanımlanacak ise, disiplin yaptırımları, disiplin amir veya kurulları tarafından (idari makam) kendilerine verilen yaptırım uygulama yetkisi kullanılarak (kamu gücü) kamu hizmetinin düzenini sağlama amacına yönelik olarak uygulanan (idare işlevi) ve kişiler yönünden çeşitli yükümlülükler ve hak yoksunlukları doğuran (icrailik) kesin ve uygulanabilir özellik taşıyan tek yanlı irade açıklaması olarak tanımlanabilir¹⁶⁶.

Bu kapsamda TBMM’de Meclis Başkanı veya Genel Kurul kararıyla milletvekillerine uygulanan disiplin cezaları da meclisin yasama fonksiyonu dışında almış olduğu bir idari karardır¹⁶⁷. Ayrıca özel hukuk tüzel kişilerince işletilen ilk ve orta öğretim kurumları ve vakıflarca kurulan yüksek öğretim kurumlarınca öğrencilere hukuken bağlayıcı olacak şekilde disiplin cezası verilir verilemeyeceği de tartışılmalıdır. Vakıf üniversiteleri AYM ve Danıştay tarafından kamu tüzel kişiliği olarak kabul edildiğinden bu kurumların yetkili organlarınca öğrencilere hukuken diğer kurumları da bağlayıcı bir disiplin cezası verilebilir. Ancak ruhsat usulüyle işletilen özel ilk ve ortaöğretim kurumları yasal yetkilendirme bulunmadan kamu gücü kullanarak hukuken tüm eğitim kurumlarını bağlayacak bir disiplin cezası veremezler. Çünkü disiplin cezasının idari işlem olarak sonuç doğurması için idare tarafından kamu gücü kullanılarak verilmiş olması gerekir. Öğrenci açısından ciddi sonuçlar doğuracak ve eğitim hakkını belli ölçüde sınırlandıracak bir yaptırım uygulanabilmesi için açık yasal yetkilendirme bulunması ya da bu cezaların Milli

¹⁶⁴ D8D., E. 2005/2567, K. 2006/2880, K.T. 07.07.2006, DBM.

¹⁶⁵ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 2.

¹⁶⁶ “Disiplin ceza kararları, yetkili makamın kamu gücüne dayanarak, idare Hukuku esaslarına göre, kişiler yönünden idari alanda olumsuz sonuçlar doğuran kesin ve uygulanabilir özellik taşıyan irade açıklamalarıdır. Bu karakteristik yapılarından dolayı da idari işlem kategorisine dâhildirler.” AYM, Daireler Kurulu, E. 1997/70, K. 1997/132, K.T. 11.12.1997, Kazancı.

¹⁶⁷ Begüm İSBİR, “TBMM İçtüzüğü’ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları”, GÜHFD, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 829.

Eğitim Bakanlığınca yetkilendirilen Valilik veya il milli eğitim müdürlüklerince onaylanması gerekir¹⁶⁸.

Ayrıca üzerinde durulması gereken bir diğer husus da AYM'ye yapılan bireysel başvurularda başvuru hakkını kötüye kullanan kişiler aleyhine “*disiplin para cezası*”na hükmedilmesidir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un “*Başvuru hakkının kötüye kullanılması*” başlıklı 51’inci maddesine göre “*Bireysel başvuru hakkını açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvurucular aleyhine, yargılama giderlerinin dışında, ayrıca ikibin Türk Lirasından fazla olmamak üzere disiplin para cezasına hükmedilebilir.*” Aynı Kanun’un 60’inci maddesine göre ise “*Bu Kanun anlamında disiplin para cezasından maksat, bireysel başvuru hakkını veya ret talebini açıkça kötüye kullandığı tespit edilen başvurucular aleyhine verilen, verildiği anda kesin olan ve derhâl infazı gereken para cezasıdır. Bu ceza, seçenek yaptırımlara çevrilemez ve adli sicil kayıtlarında yer almaz.*”

Bu hükme dayanarak AYM 2014 yılında, bir başvuru aleyhine 500,00 TL¹⁶⁹, vekâlet tarihinden sonra ve fakat bireysel başvuru tarihinden önce ölen bir kişi hakkında yaptığı bireysel başvuru nedeniyle bir avukat aleyhine ise 2.000,00 TL¹⁷⁰ “disiplin para cezası”na hükmetmiştir. Söz konusu “disiplin para cezası” idari işlem niteliğinde klasik bir disiplin cezası değildir. Mahkeme tarafından verilen bu disiplin para cezası yargısal işlem niteliğindedir. Kişinin savunması alınmadan, soruşturma yapılmadan bir Mahkeme tarafından verilen, adli sicil kaydına işlemeyip verildiği anda kesinleşen, derhal infazı gereken, hakkında itiraz veya temyiz yolu da bulunmayan, belli statüde bulunan kişilere değil bireysel başvuru hakkını kötüye kullanan herkese uygulanabilecek olan “disiplin para cezası”, adli ve disiplin cezası (idari yaptırım) dışında kalan “sui generis” yaptırım türüdür.

¹⁶⁸ ULUSOY, s. 169-174.

¹⁶⁹ AYM, B.N. 2013/7087, K.T. 18.09.2014.

¹⁷⁰ “*Bu durumda Avukat’ın Mahkemeyi yanıltıcı nitelikte başvuru yapması nedeniyle, 6216 sayılı Kanun’un 51. maddesi uyarınca takdiren net 2.000,000 TL disiplin para cezasıyla tecziyesine karar verilmesi gerekmektedir.*” AYM, B.N. 2013/6140, K.T. 05.11.2014.

2. Disiplin Yaptırımlarında Geri Alma Sorunu

İdari işlemin, idare tarafından, bu işlemin yapıldığı andan itibaren tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasına geri alma denilmektedir¹⁷¹. İdare, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta yapılan değişiklikleri, kamu yararını, hizmet gereklerini, kamu düzenini ve kişiler lehine oluşmuş hukuki durumları dikkate alarak yaptığı idari işlemleri değiştirebilir veya kaldırabilir¹⁷². Ancak geri alma işlemi, işlemin yapıldığı anda hukuk düzeninde sabitlenen hukuki veya fiili durumun hukuk düzenine aykırılığının düzeltilmesi amacıyla başka bir amaçla yapılamaz¹⁷³. Geri alma işleminin sebep unsuru geri alınan işlemin hukuka aykırı olmasıdır¹⁷⁴. Danıştay DDK'nın ifadesiyle “...unsurlarında hukuki noksanlıklar, sakatlıklar bulunan idari işlemler, işlemi yapan idari makam tarafından bazı kayıt ve şartlar altında re'sen geri alınabilirler.”¹⁷⁵

Disiplin yaptırımlarının geri alınması disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilen TSK disiplin hukukunda oldukça önem taşımaktadır. TSK disiplin hukuku sisteminde her cezanın karşılığı belli miktarda puana denk gelmekte, TSK D.K. m. 21'de düzenlenen puanlara ulaşılması halinde personel hakkında yüksek disiplin kurulu (YDK) tarafından ayırma cezası tesis edilmektedir. Bu nedenle hukuka aykırı disiplin cezalarının disiplin ceza puanına bağlı ayırma cezası uygulamasında geri alınması oldukça önem taşımaktadır.

Doktrinde bazı yazarlarca, idare tarafından tesis edilen disiplin ceza kararlarının kesin olduğu ve geri alınamayacağı savunulmaktadır¹⁷⁶. Karavelioğlu'na göre, “*atamaya yetkili amir tarafından doğrudan doğruya veya onayı ile verilen disiplin cezaları kesindir. Bu tür bir işlemin bir kez tesisinden sonra artık o işleme karşı idari makamların yapacağı bir şey yoktur.*”¹⁷⁷ Pınar'a göre ise, disiplin cezaları

¹⁷¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 445; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 157; “İdari işlemin geri alınması onun yapıldığı tarihten itibaren hukuki hayattan silinmesi, çıkarılması demektir.”, Turgut TAN, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 5.

¹⁷² Ender Ethem ATAY, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 530.

¹⁷³ KARAHANOGULLARI, **İdarenin Hukukla Kavranması**, s. 583.

¹⁷⁴ TAN, s. 14.

¹⁷⁵ DİDDK, E. 2008/105, K. 2009/144, K.T. 26.2.2009, Kazancı.

¹⁷⁶ Zehreddin ASLAN, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 30

¹⁷⁷ Celal KARAVELİOĞLU, **Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2006, s. 641.

ancak dava konusu edilen disiplin cezasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar nitelikte, idari yargıç tarafından verilmiş bir kararın varlığı halinde geri alınabilir. Bunu dışında disiplin cezalarının geri alınması mümkün değildir¹⁷⁸.

Karahanoğulları'na göre ise, ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda devrede olması ve disiplin cezalarının ceza yargılamasına benzer soruşturma yöntemleriyle soruşturulması disiplin cezalarının geri alınamayacağı sonucuna ulaşılmasını gerektirmektedir¹⁷⁹.

Duran, ilgilisi aleyhine etki ve sonuçları olan işlemlerin, özellikle de disiplin cezalarının geri alınabileceğini savunmaktadır¹⁸⁰. Gözler ise, hukuka uygun olsa bile, diğer bir kamu görevlisinin hakkını etkilememek şartıyla, hak yaratıcı olmayan idari müeyyidenin (disiplin cezasının) idare tarafından geri alınabileceğini savunmaktadır¹⁸¹. Ayrıca Fransız doktrininde, disiplin cezalarının hak yaratmayan işlemlerden oldukları, bu sebeple de geri alınmalarının mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁸². Fransız Danıştay'ı Montaya kararında, kamu görevlisine verilen disiplin cezasının ne ilgilisi, ne idare, ne de 3. kişiler lehine hak yaratmadığına ve dolayısıyla idare tarafından ilga edilebileceğine veya geri alınabileceğine karar vermiştir¹⁸³.

Danıştay 5. Dairesi 1970 yılında verdiği bir kararında disiplin kurulları tarafından verilen disiplin cezalarını “yargısal nitelikte karar” olarak nitelendirmiş ve bu nedenle de disiplin cezalarının geri alınamayacağına karar vermiştir¹⁸⁴. Danıştay'ın günümüz uygulamasında ise, disiplin cezalarının ancak bir mahkeme kararı ile yahut yasama organının tasarrufu ile ortadan kaldırılabilmesi ve geri alınmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Mahkeme, disiplin cezalarını

¹⁷⁸ İbrahim PINAR, **Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku**, Ankara, 2008, s. 33; Disiplin cezalarının geri alınması konusunda bkz: Cemil KAYA, “**Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler**”, AİD, C. 38, S. 2, Haziran 2005, s. 69.

¹⁷⁹ KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 609.

¹⁸⁰ Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1982, s.423.

¹⁸¹ GÖZLER, C.I, 2009, s. 1118.

¹⁸² GUETTIER, Christophe, Droit Administratif, Montchrestien, 2000, s. 217, (Nakleden: Fatma Ebru GÜNDÜZ, **İdari İşlemin Geri Alınması**, GÜSBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s. 200).

¹⁸³ Conseil d' État, 29 Aralık 1999, Montaya, RFDA, 2000, s. 215 (Nakleden: GÖZLER, C. I, 2009, s. 1132).

¹⁸⁴ D5D., E. 1967/3831, K. 1970/562, K.T. 24.02.1970, DD, S. 2, 1971, s. 188, (Nakleden: AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 154).

klasik bir idari işlem olarak görmeyerek geri alınamayacağına şu gerekçeleri ile karar vermiştir:

*“Kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi için gerekli önlemlerden olan disiplin cezası, niteliği gereği öteki idari işlemlerden farklıdır. Disiplin cezası vermeye yetkili organlar, bu organların oluşumu, çalışma usulü, karar oluşturulması, bu kararlara itiraz ve bütün bu sürecin her aşaması için öngörülen süre koşulları ile disiplin cezası işlemi sıkı şekil şartına bağlı olarak uygulanabilmektedir. Bu özellik, disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına engeldir. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasanın tasarrufu ile iptal edilebilir veya ancak disiplin cezasının ağırlığına göre belli süreler geçtikten sonra sicil dosyasından silinmesi atamaya yetkili amirden istenebilir.”*¹⁸⁵ Bu kararlarında Danıştay, disiplin cezalarının yarı yargısal niteliğinden yola çıkarak söz konusu cezanın geri alınamayacağına karar vermektedir¹⁸⁶.

Bir diğer kararında ise Danıştay, disiplin cezalarının değiştirilmesini de hukuka aykırı bulmuştur. Karara konu olan olayda, memurun işlediği bir fiil disiplin amirince uyarma cezasıyla cezalandırılmış, daha sonra ise kesinleşen bu ceza, yüksek disiplin kurulunun kararıyla kaldırılarak söz konusu memur hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası tesis edilmiştir. Danıştay ise, kamu görevlisinin mesleki güvenliğini sağlayacak bir yorumla disiplin cezasının geri alınmasını ve geçmişe etkili olarak bu ceza yerine yeni ceza verilmesini hukuka aykırı bulmuştur¹⁸⁷.

Danıştay’ın, disiplin cezalarının geri alınmasının kural olarak olanaksız olduğunu ifade ettiği bir başka kararında ise, disiplin cezalarının ancak yargısal denetim sonucunda hukuka aykırı görülerek iptal edilmesi halinde geri alınabileceğini ileri sürmektedir. Bu karara göre, idari işlemin geri alınmasının sebep

¹⁸⁵ D8D., E. 1995/3680, K. 1997/3928, K.T. 11.12.1997, DBM; D8D., E. 1998/4988, K. 1998/3015, K.T. 12.10.1998, Kazancı.

¹⁸⁶ *“Disiplin cezasının yarı yargısal bir niteliğinin bulunduğu, idare hukukunda genel kabul görmüş bir yaklaşımdır. Bu niteliği itibarıyla disiplin cezasının yeni bir idari işlemle ortadan kaldırılmasına olanak yoktur. Ceza ancak bir yargı kararı yahut yasama tasarrufu ile iptal edilebilir.”* D8D, E. 2005/2567, K. 2006/2880 K.T. 07.07.2006, DBM.

¹⁸⁷ *“Davacının daha önce disiplin amirince uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlediği hırsızlık fiilinden dolayı, itiraz edilmeksizin kesinleşen uyarma cezasının kaldırılarak, devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı ...”* D12D., E. 2006/3521, K. 2007/1413, K.T: 26.03.2007, Kazancı,

unsuru olan hukuka aykırılık, disiplin cezalarında ancak mahkemeler aracılığıyla tespit edilirse geri alma işlemine dayanak teşkil edebilir¹⁸⁸. Bir başka kararında ise Danıştay, verilen disiplin cezası hakkında mahkeme tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmiş olması halinde idarenin söz konusu cezayı geri alabileceğine ve yeni bir ceza tesis etme yoluna gidebileceğine karar vermiştir.¹⁸⁹

Hak yaratıcı olmayan hukuka aykırı bir idari işlemin başka bir idari işlem ile geri alınması idare hukukunun genel ilkelerinden olup, bu nitelikte bir işlemin sıkı şekil şartına bağlı olarak yapıldığı, klasik idari işlemlerden farklı olduğu gerekçesiyle geri alınamayacağına savunulması mümkün değildir¹⁹⁰. Hukuka aykırı bir disiplin cezasının geri alınamayacağına savunulabilmesi için bu yönde açık bir yasal düzenlemenin bulunması gerekir. Bu şekilde bir düzenleme yoksa disiplin cezalarının geri alınamayacağını savunmak mümkün değildir. Ancak idari işlem kuramı açısından durum bu şekilde olsa da kanaatimizce Danıştay, disiplin cezaları açısından geri alma yetkisinin, içerisinde taşıdığı keyfi kullanılma riskini dikkate alarak, Türkiye uygulamasında ortaya çıkabilecek olumsuz örneklerin önüne geçmeyi amaçlamıştır¹⁹¹. Bunun yanında hak yaratıcı olmayan hukuka uygun idari işlem yerindelik sebebiyle geri alınabilecek iken, hukuka uygun disiplin cezalarının geri alınabileceğini savunmak da mümkün gözükmemektedir.

Bir idari işlemin idare tarafından geriye alınıp alınamayacağı “hukuka uygunluk” ve “hukuk güvenliği” değerleriyle birlikte ele alınmalıdır. Bireysel idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımları hak doğurucu nitelikte bir işlem değil, kişinin hakkını kısıtlayıcı nitelikte, yükümlendirici işlemlerdendir. Bu nedenle hak yaratıcı

¹⁸⁸ “İdari mercilerin, vermiş oldukları disiplin cezalarını geri almaları, verdikleri disiplin cezası yerine başka bir disiplin cezası verme yoluna gitmeleri kural olarak olanaksızdır. Ancak dava konusu edilen disiplin cezasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar nitelikte, idari yargıca verilmiş bir kararın varlığı halinde, artık disiplin cezasının geri alınamayacağından söz etmeye olanak bulunmamaktadır.” D10D, E. 1989/2490, K. 1990/270, K.T. 15.02.1990, Kazancı.

¹⁸⁹ D10D., E. 1989/2490, K. 1990/270, K.T. 15.02.1990, Kazancı.

¹⁹⁰ TBMM İçtüzüğü m. 158’e göre milletvekillerine verilen uyarma cezasını Meclis Başkanı kaldırabilir. “Başkan, milletvekilinin açıklamasını yeterli görmezse, uyarma cezasını kaldırmaz; yeterli görürse, uyarma cezasını kaldırdığını bildirir.”

¹⁹¹ Danıştay’ın ilgili dairesince, kesinleşmiş ve idari yargıya başvurulmamış bir disiplin cezası hakkında, kesinleşen cezanın kaldırılması amacıyla Teftiş Kurulu Başkanlığını harekete geçiren genel müdüre verilen disiplin cezası hukuka uygun bulunmuş, ayrıca bu görevlendirme sonucu zorlama ile rapor düzenleyen teftiş kurulu başkanına uygulanan ceza da onanmıştır. D8D., E. 1997/5697, K. 1998/763, K.T. 03.03.1998; D8D., E. 1998/1856, K. 1998/2250, K.T. 16.06.1998, (Nakleden: Yücel IRMAK, “**Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi**” Başlığında Sunulan Tebliği, TBB İdari Yargı Paneli, 11-12 Nisan 2003, s. 183-184).

nitelikte olmayan disiplin yaptırımlarının aynı zamanda hukuka aykırı olmaları halinde idare tarafından her zaman geri alınması mümkündür¹⁹². Disiplin cezalarında ceza hukuku ilkeleri ve ceza yargılamasına benzer soruşturma yöntemleri cezanın muhatabını korumak için uygulanmaktadır. Bu nedenle kamu görevlilerinin disiplin cezaları karşısında korunması için getirilen bu usullerin hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınamayacağı görüşüne dayanak olarak kullanılması ciddi bir çelişki yaratmaktadır.

Hak yaratıcı nitelikte olmayan ve hukuka aykırı olan bir işlemin idare tarafından geçmişe yönelik olarak tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılması hukuk devletinin de bir gereğidir. Nitekim burada idare, mahkemelerin yargısal denetimle amaçladıklarını, yargı mercilerine gitmeden kendisi yerine getirerek hukuk devleti ilkesine uygun davranmaktadır. Danıştay'da hukuka aykırılığı ortaya çıkmış bir idari işlemin idare tarafından geri alınmasını hukuk devletinin bir gereği olarak kabul etmektedir¹⁹³. Hukuka aykırılığın idare tarafından düzeltilmesi hukuk düzeninin temel değeridir¹⁹⁴.

Disiplin yaptırımı kararlarının geri alınması konusunda Atay'ın savunduğu görüşe katılmaktayız. Yazara göre, disiplin cezalarının geri alınamaması kural olsa da, daha sonra yapılan soruşturma veya elde edilen bilgi ve belgeler ya da mahkemece suç niteliğindeki fiilin memurca işlenmediği veya böyle bir fiilin hiç vuku bulmadığı ya da fiilin hukuka uygun olduğu kararı verilmesi halinde verilen disiplin cezasının kaldırılması gerekir. Bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların aşılması için de bir düzenleme yapılmalı ya da her kurumun kendi uygulamasında objektifliği sağlamak için düzenleyici işlemlerle geri almanın usul ve esaslarını belirlemelidir¹⁹⁵.

¹⁹² Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku Dersleri**, Ağustos 2013, s. 408-409; *"Bilindiği üzere, idari işlemin özellikle kurucu unsurlarında ağır ve apaçık hukuka aykırılık bulunduğu takdirde yokluk hali söz konusu olur. Bunun sonucu olarak yoklukla malûl işlem her zaman geri alınabileceği gibi iptaline ilişkin dava her zaman açılabilir."* AYİM, E. 2003/675, K. 2004/590, K.T. 22.4.2004, Kazancı.

¹⁹³ *"Hukuki dayanaktan yoksun kalan emekliye sevk işlemlerinin idarece geri alınması suretiyle görevlerine iade edilmeleri hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir."* D1D., E. 2003/71, K. 2003/69, K.T. 30.05.2003, (Nakleden: GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 445).

¹⁹⁴ KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 585.

¹⁹⁵ ATAY, s. 881.

Disiplin ceza puanına bağı ayırma işlemlerinde de idare, hukuka aykırı olarak verilen ve puan hesaplamasında dikkate alınan kesinleşmiş disiplin cezalarını her zaman geri alabilecektir¹⁹⁶. Yetki ve usulde paralellik ilkesi disiplin cezalarının geri alınmasında uygulanabilecek bir ilkedir. Hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınabilmesi konusunda mevzuat ile bir usul belirlenmemiş ise, idarenin bu cezayı geri almak üzere görevlendireceği bir soruşturmacı vasıtasıyla disiplin cezasının hukuka aykırılığı delilleriyle birlikte (ceza mahkemesi kararları vb.) bir raporla ortaya konulmalıdır. Geri alma niteliğindeki idari işlem ise, disiplin cezasının hukuka aykırılığını ortaya koyan bu soruşturma raporu üzerine kurulmalı, diğer bir ifadeyle cezanın hukuka aykırılığını ortaya koyan bu soruşturma disiplin cezasının geri alınması işleminin sebep unsurunu oluşturmaktadır.

Ayrıca geri alma işlemini yapacak makam, yasada açıkça düzenleme bulunmadığı durumlarda yetkide paralellik ilkesi gereği söz konusu cezayı veren makamın kendisidir¹⁹⁷. Hiyerarşik açıdan üst makamın da işlemi geri alma konusunda yetkisi bulunmakta¹⁹⁸ ise de, yüksek disiplin kurulları hiyerarşik açıdan disiplin cezası verebilecek olan bütün kişi veya kurulların üst makamı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla yüksek disiplin kurulu, disiplin ceza puanına bağı ayırma işlemlerini tesis ederken verilmiş olan disiplin cezalarının hukuka uygunluklarını inceleyebilir, ancak bir idari işlem tesis etmek suretiyle bu cezaları kendisi ortadan kaldıramaz. Fakat işlemi tesis eden makamdaki cezanın geri alınmasını isteyebilir. Bu ise uygulamada ciddi aksaklıklara sebep olabilecektir. Ayrıca disiplin cezalarının geri alınabilmesi, cezayı vermeye yetkili makamlar tarafından da kötüye kullanılabilecek bir yetkidir.

Tüm bu sakıncaları önlemek ve bunlara ek olarak, kıyas yoluyla ağır nitelikte disiplin cezası verilebilecek fiillere disiplin amirlerinin hafif nitelikte cezalar vererek kötü niyetle personelini korumaya çalışmasını engellemek amacıyla, yapılacak yasal bir düzenleme ile kesinleşen hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınmasının esas

¹⁹⁶ “İdarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine” DİBGK, E. 1968/8, K. 1973/14, K.T. 22.12.1973, Kazancı.

¹⁹⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 449; GÖZLER, 2013, s. 407; KARAHANOĞULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, s. 585; İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER/Kahraman BERK, **İdare Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul, 2012, s. 1125.

¹⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 449; GÖZLER, 2013, s. 407.

ve usullerinin düzenlenmesi, TSK içerisinde oluşturulacak bir makama hukuka aykırı ceza kararlarını geri alma yetkisinin tanınması gerekmektedir.

3. İdari İşlemin İcrailiği Bakımından Disiplin Amirlerinin İkaz ve Disiplin Eğitime Alma Yetkisi

Kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemleri icrai niteliktedirler¹⁹⁹. İdari bir karar, ilgilisinin hukuki durumunu etkileyebilecek, onun için yeni bir hukuki durum yaratabilecek, mevcut hukuki durumu değiştirebilecek veya ortadan kaldıracılabilecek sonuçlar doğurabilir. Bu sonuçların, söz konusu idari kararın ilgilisinin rıza veya muvafakati aranmaksızın ortaya çıkması idari kararın icrai nitelikte olduğunu ortaya koymaktadır²⁰⁰.

İdari bir kararın icrai nitelikte olması için “*var olan hukuk düzeninde yeni bir takım hukuksal sonuçlar yaratması*”²⁰¹ gerekmektedir. Bu bakımdan icrai işleme, ilgilisinin “*hukuksal durumunu etkileyici karar*” ya da “*etkili işlem*” de denmektedir²⁰². Hukuki etki konusunda AYİM’e göre, hukuki etki unsuru idarenin iç işleyişi ile ilgili faaliyetleri kapsam dışında tutmakta, hukuki durumda herhangi bir değişiklik yaratmayan tebliğ edici, açıklayıcı, tekrar edici yazılar *dışsal* hukuki etkiye sahip idari işlem sayılmazlar. Ancak bu tür işlemler uygulamada hukuki etki yaratıyorsa artık icrai olmadıklarından bahsedilemeyecektir²⁰³.

İdarenin her türlü tek yanlı işlemi var olan hukuk düzenini etkileyebilecek nitelikte, dolayısıyla icrai nitelikte değildir. Bu bakımdan idarenin belli konu veya sorunlara ilişkin düşünce, niyet ve tasarılarını açıklayıcı nitelikteki işlemleri

¹⁹⁹ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 119.

²⁰⁰ GÜNDAY, 2002, s. 112.

²⁰¹ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 119.

²⁰² GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s. 1105.

²⁰³ AYİM, 3.D., E. 2006/1715, K. 2007/295, K.T. 02.01.2007, AYİMD, S. 23. (Nakleden: ATAY, s. 426).

(gösterici işlemler)²⁰⁴, uyarı yazıları²⁰⁵, idari kararın hazırlık aşamasında yapılan işlemler ve iç düzen işlemleri²⁰⁶ icrai nitelikte kabul edilmemektedirler.

a. Amirlerin İkaz Etme Yetkisi

TSK D.K. ile amirlere verilen önemli yetkilerden biri yaptırım uygulamadan önce personelin yazılı veya sözlü olarak ikaz edilmesidir. TSK D.K. madde 10'a göre *“Amirlerin; maiyetine hatalarını göstermesi, maiyetini eleştirmesi, sözlü veya yazılı olarak ikazı disiplin cezası sayılmaz.”* AYİM ise verdiği bir kararında *“İdarenin, hizmet görülürken, denetim ve gözetim yükümlülüğü cümlesinden olarak, ajanlarını ikaz ve gerektiğinde cezai işlem yapma yetkisine sahip olduğu; bu meyanda, amirin disiplinin sağlanması ve korunması için zaman zaman personelinin tenkit ve muaheze edebileceği veya uyarabileceği izahtan varestedir.”*²⁰⁷ ifadesiyle bu yetkinin hiyerarşik yetkiden (genel denetim ve gözetim yükümlülüğü) kaynaklandığını ortaya koymuştur.

Gözler bu konuda disiplin cezası-iç düzen tedbiri ayrımı yapmaktadır. Yazara göre “iç düzen tedbirleri”, diğer bir ifadeyle “hizmet içi tedbirler” birer disiplin cezası olmayıp amirin hiyerarşi yetkisine dayanarak hizmetin işleyişine ve örgütlenmesine ilişkin olarak yaptığı işlemlerdir²⁰⁸.

Hiyerarşik amire verilen ikaz yetkisi ve disiplin amirine verilen disiplin eğitimine alma yetkisi TSK D.K.'da öngörüldükleri şekliyle, hizmetin iç işleyişine ilişkin birer disiplin önleimidirler²⁰⁹. İç düzen tedbiri kategorisine dâhil edilebilecek nitelikte olan bu yetkiler, ilgililerinin hukuksal durumlarında herhangi bir etki doğuracak nitelikte olmadıklarından icrai nitelikte bir işlem de değildirler.

²⁰⁴ GÜNDAY, 2002, s. 112; GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 372.

²⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 372 vd.

²⁰⁶ ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 113 vd.

²⁰⁷ AYİM, 3.D., E. 2006/354, K. 2006/1332, K.T. 02.11.2006; AYİM, 3.D., E. 2005/671, K. 2005/1394, K.T. 15.12.2005, Kazancı.

²⁰⁸ GÖZLER, C. II, 2009, s. 755-756.

²⁰⁹ SANCAKDAR'a göre uyarma, bir tür manevi nitelikte disiplin yaptırımıdır. İlgili kanunlardaki hükümler sıkı sıkıya uygulanırsa bu yaptırıma uğramayacak memur neredeyse kalmayacaktır. Ancak kurum düzenini sağlayan disiplin soruşturmasını gerektirecek düzeye ulaşmamış fiiller yani kurum düzenini sağlayan idari tedbirler ile basit disiplin yaptırımına konu olan fiiller arasındaki sınırın kesin çizgilerle belirlenmesi de zordur. Bu bakımdan uyarmanın resmi olması durumunda disiplin yaptırımından söz edilir. SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 151-153

AYİM personele yazılı olarak gönderilen bir uyarı yazısının yok hükmünde olduğunun tespitinin istendiği bir davada; *“...”uyarı” cezası nevinden bir disiplin cezası gibi kabulünün mümkün olmadığı, şahsı cezalandırma gayesi güdülse dahi maksat işlemi unsuru yönünden sakatlama ihtimali bulunmakla beraber bu hususun motamot eleştirel ikaz yazısını disiplin cezasına dönüştürmeyeceği, davacı üzerinde manevi etkide bulunmasının hukuki sonuç doğurduğu anlamına gelmeyeceği, hizmetin işleyişi içerisinde yetkili amirin disiplin tesis ve tekamülüne ilişkin emredici, fakat iç düzen işlemi kabilinden bir direktifinden ibaret olduğu, idarenin bir olguyu tespit edici nitelikteki bu işleminin salt yazılılıktan dolayı idari işlem olarak telakki edilemeyeceği”* gerekçesi ile uyarı yazısının idari dava konusu yapılamayacağına hükmetmiştir²¹⁰.

Ancak özellikle asker kişilere verilen ikaz yazıları kişinin özlük dosyasında muhafaza edilmektedir. Nitekim TSK D.K. madde 30/1’e göre *“Disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlara ilişkin bilgi ve belgeler, ilgililerin şahsi dosyalarına konularak muhafaza edilir ve kayıt altına alınır.”* Bu düzenleme sadece disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlara ilişkin bilgi ve belgelerin özlük dosyasında saklanması düzenlemekte iken, disiplin cezası veya diğer bir idari yaptırım niteliğinde olmayan ikaz yazılarının asker kişinin özlük dosyasında saklanması işleminin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Uygulamada ise bu düzenlemeye dayanılarak personele verilen disiplin cezası niteliğinde olmayan ikaz yazıları kayıt altına alınmakta, kişilerin şahsi dosyalarına konulmakta ve muhafaza edilmektedir. Bu durumda asker kişilerin şahsi dosyalarında bulunan ikaz yazıları personel hakkında yapılacak sicil, terfi, atama, özellikli görevlere seçim ve benzeri idari işlemlerde dikkate alınabilme ihtimalini güçlendirmekte, bu durum ise söz konusu ikaz yazılarına hukuki etki doğurma imkânı vermektedir. Diğer bir ifadeyle asker kişilerin şahsi dosyalarında saklanan ikaz yazıları *“ileride doğması muhtemel bir*

²¹⁰ AYİM, 3.D., E. 2004/1075, K. 2005/1116, K.T. 29.09.2005, (Nakleden: Celal IŞIKLAR, **“İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”**, İÜHFM, C. LXIX, S.1 -2, s. 846); *“Amirin astının hatasını gösteren, eleştiren ve muaheze eden işlemleri ile basit uyarı/ikaz yazıları disiplin cezası mahiyetinde olmayıp iç düzen işlemidir. İç düzen işlemi niteliğindeki bu işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurulamaz.”* AYİM, 3.D., E. 2006/354, K. 2006/1332, K.T. 02.11.2006; AYİM, 3.D., E. 2005/671, K. 2005/1394, K.T. 15.12.2005, Kazancı; *“Disiplin cezası sayılması mümkün olmayan özel uyarı yazısı idari davaya konu edilebilmekle beraber bu yazının tebliğinden itibaren 60 gün içerisinde açılmayan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekir.”* AYİM, 3.D., E. 2005/671, K. 2005/1394, K.T. 15.12.2005, Kazancı.

hukuki etki” taşımaktadır²¹¹. Dolayısıyla şahsi dosyada muhafaza edilen ikaz yazılarının icrai nitelikte olduklarının kabulü gerekmekte, bu kabul ise ikaz yazılarını hukuka aykırı olarak tesis edilen (disiplin soruşturması yapma ve savunma alma şartına uyulmadığından) bir uyarma cezası niteliğine büründürmektedir. Ulusoy’a göre, özlük dosyasında saklanan ikaz yazıları icrai işlem olarak kabul edilmeli ve en azından sebep unsuru bakımından yargısal denetimi yapılmalıdır²¹². Ancak yazarın bu görüşü yerinde olmakla birlikte eksiktir. Çünkü Gözler’in de ifade ettiği gibi bu durumda “kılık değiştirmiş disiplin cezası” vardır ve bu işlem “yetki saptırması” nedeniyle hukuka aykırıdır²¹³.

AYİM ve Danıştay birçok kararında, şahsi dosyada muhafaza edilen ikaz yazılarının uyarma cezası niteliğini aldığını ve dolayısıyla usule uygun tesis edilmediğinden dolayı da hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. AYİM, bir yazı ile uyarılan ve özlük dosyasına konulmanın yanında üst komutanlıklara da gönderilen bu yazının “uyarı cezası” mahiyetinde olduğunu, aksi yönde görüşlere riayet edilmesi halinde savunma hakkı gibi kişiyi koruyan usul kurallarının by-pass edileceği gerekçesi ile uyarı yazısını yok hükmünde saymıştır. Bunun yanında Mahkeme söz konusu yazıyı“...*Bu yazının davacının hukuki menfaatini ihlal ettiği, şahsi dosyadaki böyle bir yazının aynı sicil döneminde ve daha sonraki yıllarda kendisine sicil amirliği yapacak üstlerinin davacıyı değerlendirmesinde etkili olacağı doğaldır.*”²¹⁴ gerekçesi ile icrai işlem olarak nitelemiştir.

²¹¹ “Zira bu neviden yazıların (etkili işlemler olmamaları nedeniyle) dosyalarda muhafazası ve her an, diğer işlemler bakımından dikkate alınabilecek durumda olması hukuka aykırıdır.” Üye Hakim Albay Ayhan AKARSU’nun karşı oy yazısı. AYİM, 3.D., E. 2008/539, K. 2008/1022, K.T. 11.09.2008, Kazancı; “... Ancak bu yazıların özlük dosyasına konularak sıralı komutanlıklara gönderilmesi halinde hukuki sonuç doğurmaya elverişli hale geldiğinden idari davaya konu edilmesi mümkündür.” AYİM, 3.D., E. 2004/1642, K. 2005/821, K.T. 16.08.2005, Kazancı.

²¹² ULUSOY, s. 160.

²¹³ GÖZLER, C. II, 2009, s. 756; “Bu bakımdan, eleştiri ve uyarıcı işlemleri geniş bir perspektifte ele almak ve salt/basit nitelikte olanlar ile yersizliği sabit olan, yaptırım tehdidi taşıyan, kişilik haklarını ihlal eden ve cezalandırma amacı güdülenler arasında bir ayrıma başvurmak lazımdır. ... Salt/basit eleştiri ve uyarıcı işlemler, tek başına hukuki sonuç doğurmadıklarından idari dava konusu olamazlar. Bunun için tenkidin/ikazın yaptırım tehdidi içermesi, eleştiri boyutunu aşarak kişisel hakları zedelemesi, ve/veya cezalandırma amacıyla yapılması şarttır. İkinci kategoriye dahil olan işlemler hizmet gereği değil, sırf cezalandırma kasdıyla yapıldığında, şüphesiz hem kılık değiştirmiş disiplin cezası verme yasağının ihlali, hem de yetki saptırması sebebiyle hukuka aykırı olur.” AYİM, 3.D., E. 2006/354, K. 2006/1332, K.T. 02.11.2006; AYİM, 3.D., E. 2005/671, K. 2005/1394, K.T. 15.12.2005, Kazancı.

²¹⁴ AYİM, 2.D., E. 2002/256, K. 2002/883, K.T. 20.11.2002, AYİMD, S.18, 2003, s. 915-919; “Davacı subaya savunması alınmadan disiplin amirince verilen uyarı yazısı ile uyarı cezası arasında hukuki

Danıştay ise, ikaz yazının disiplin cezası niteliğinde olmasa da, özlük dosyasına konulmak suretiyle idarenin takdir yetkisini kullanacağı çeşitli işlemlerde dikkate alınması olasılığı karşısında icrai bir hal aldığını ve bu nedenle ikaz yazısının yargısal denetime konu edilebileceğine karar vermiştir²¹⁵. Danıştay İDDK ise benzer bir konuda, kaymakamlar için hazırlanan “mülki değerlendirme raporlarının” doğrudan bir hukuki bağlayıcılığı ve etkisi bulunmasa da, ilerideki terfi ve üst görevlere atamalarda takdiri bir referans sayılma olasılığı dikkate alınarak kesin ve yürütülebilir işlem niteliğini haiz olduğuna ve iptal davasına konu edilebileceğine karar vermiştir²¹⁶.

İkaz yazılarının asker kişilerin özlük dosyasında saklanması hususunda, asker kişiyi ikaz etmek şeklindeki idari karar ile, bu ikaz yazının özlük dosyasına konulması işleminin birbirinden ayrılması, ikaz yazısının özlük dosyasında saklanması işleminin ikaz yazısından ayrı ve icrai bir idari işlem olarak kabul edilmesi gerekir. Bu konuda AYİM yeni tarihli bir kararında verdiği iptal kararından yola çıkmak gerekir. TSK D.K.’dan önce asker kişilere verilen disiplin cezaları yeni kanun ile getirilen cezalara dönüştürülmüş, 1997 yılında asker kişinin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 166’ncı maddesi kapsamında ikaz edilmesi uyarı cezası olarak kabul edilmiş ve ceza puanı düşülmüştür. Asker kişi tarafında ise ikaz yazısının değil, bu yazının kayıtlara uyarma cezası olarak işlenip ceza puanı düşülmesi işleminin iptali talep edilmiştir. AYİM ise, asker kişinin ikaz edilmesi işleminin bir disiplin cezası niteliğinde olmadığını belirttikten sonra, bu yazının kayıtlara uyarma cezası olarak işlenip ceza puanı düşülmesi işlemini “*Bu durumda anılan yazının As.CK’nın 166’ncı maddesi hükmünde bir ikaz olduğu, diğer bir anlatımla disiplin cezası hükmünde bulunmadığı anlaşılmıştır. İkaz yazısı bir disiplin cezası olmadığından ilgilinin savunmasının da alınması gerekmemektedir. Bu nedenlerle dava konusu ikaz yazısı bir disiplin cezası niteliğinde olmadığından yazının kayıtlara disiplin cezası olarak geçirilmesi ve buna göre de ceza puanı*

sonuçları bakımından bir fark bulunmadığından, anılan uyarı yazısı yoklukla malüldür.” AYİM, 2.D., E. 2000/493, K. 2001/562, K.T. 25.06.2001; “Davacıya verilen uyarı yazılarının mahiyet itibarıyla disiplin cezası niteliğinde olduğu ...” AYİM, 3.D., E. 2003/72, K. 2004/231, K.T. 25.02.2004; AYİM, 2.D., E. 2002/256, K. 2002/883, K.T. 20.11.2002, Kazancı.

²¹⁵ D12D., E. 2007/4720, K. 2010/1065, K.T. 24.02.2010, Kazancı.

²¹⁶ DİDDK, E. 2009/1615, K.T. 15.04.2013. (Nakleden: ULUSOY, s. 160).

düşülmesi işleminin hukuka aykırı olduğu...” gerekçesi ile iptal etmiştir²¹⁷. Bu karar dikkate alındığında, idarenin “ikaz yazılarının asker kişilerin özlük dosyasına konulması” yönünde aldığı bir tür “*genel karar*”nın bulunduğu kabul edilmeli, bu kararın asker kişiye uygulanması, yani ikaz yazının asker kişinin özlük dosyasına konulması şeklinde bireyselleşen genel idari kararın ikaz yazısından ayrı ve icrai bir idari işlem olarak kabul edilmesi gerekir. Bu kabulde birlikte TSK D.K.’nın 30’uncu maddesinin birinci fıkrası da dikkate alındığında, ikaz yazılarının asker kişilerin özlük dosyasına konulması işlemi yasal dayanağı bulunmadığından hukuka aykırı olacak ve iptali gerekecektir.

Askeri öğrencilere uygulanacak disiplin işlemlerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen TSK Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 34’e göre, disiplin tam puanını belli oranda kaybeden askeri öğrenciler, disiplin amirleri veya kurullarınca ikaz edilmektedir. Söz konusu hükme göre disiplin tam puanının 2/3’ünü kaybeden askeri öğrenciler, ikaz edilmek üzere yüksek disiplin kuruluna çıkarılmaktadır. Yüksek disiplin kurulu ise askeri öğrenciyi ikaz ederek yapılan ikazın karşılığı olarak öğrencinin disiplin puanından, disiplin tam puanının 1/24’ü ilâ 1/8’i arasında takdir edilecek ceza puanının düşürülmesine karar verir. TSK D.K. m. 10’da ikaz etmenin disiplin cezası niteliğinde olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca bu düzenleme TSK D.K.’nın genel hükmü niteliğinde olup salt kamu görevlisi olan asker kişileri değil askeri öğrencileri de kapsamaktadır. Dolayısıyla disiplin cezası niteliğinde olmayan ikaz etme işleminin yüksek disiplin kurulunca ceza puanına karşılık olarak kullanılmasının, bu uygulamanın dayanağı olan TSK Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 34’üncü maddesinin 2’nci fıkrasının TSK D.K. m. 10’a aykırı olduğu kanaatindeyiz.

²¹⁷ AYİM, 3.D., E. 2014/148, K. 2015/203, K.T. 13.02.2015, Yayımlanmamıştır; “Astların hatasını gösteren, tenkit ve muaheze sınırlarını aşmayan basit uyarılar iç düzen işlemi mahiyetindedir, bunlar idari davaya konu edilemez. Ceza olmadığından savunma alınması da zorunlu değildir. İç düzen işlemi olarak değerlendirilen ve disiplin cezası olmayan dava konusu yazının yok hükmünde sayılmasını gerektirecek bir husus da bulunmamaktadır. Bahse konu ikaz yazısının kayıtlardan çıkarılması da gerekmemektedir. Ancak ceza olarak değerlendirilmesi ve bu yazı nedeniyle ceza puanı düşülmesi yukarıda açıklanan nedenlerle hukuka aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Yukarıda açıklanan nedenlerle; 1. 29.01.1993 tarihli uyarı yazısının kayıtlara ceza olarak geçirilmesi işleminin İPTALİNE...” AYİM, 3.D., E. 2009/57, K. 2009/509, K.T. 07.05.2009.

b. Disiplin Amirlerinin Disiplin Eğitimine Alma Yetkisi

TSK D.K.'nın 10'uncu maddesi ile disiplin amirine asker kişilerin disiplin yönünden eğitilmesi ve disiplin anlayışının kazandırılması, kanunun ifadesiyle asker kişilerin “*ıslah edilmesine katkı sağlanması amacıyla*” ilave görev ve sorumluluk yükleme yetkisi verilmiştir²¹⁸. Disiplin amirinin, disiplin yaptırımını uygulayabileceği asker kişiye yönelik disiplin eğitime alma yetkisi çerçevesinde ilave görev ve sorumluluklar yüklemesi hizmetin iç işleyişteki disiplininin korunmasına ilişkin bir tür disiplin önlemidir. Hizmetin iç işleyişine ilişkin disiplin önlemi ile, aynı zamanda hiyerarşik amir de olan disiplin amiri, otoritesi altındaki hizmetin iyi işlemesi ve hizmet düzeninin bozulmaması için önleyici bir karar almakta²¹⁹, ileride oluşabilecek disiplinsizlikleri önlemek için maiyetindeki asker kişiye ilave görev ve sorumluluklar yüklemektedir. Dolayısıyla bu nitelikte bir karar disiplin cezası niteliğinde olmadığı gibi icrai nitelikte bir işlem de değildir²²⁰.

Disiplin amirinin asker kişiyi disiplin eğitime alması konusunda verdiği karar hizmetin iç işleyişine ilişkin disiplin önlemi olup icrai bir nitelikte değildir. Ancak TSK D.K. madde 10'a göre bu konuda verilecek ilave görev ve sorumluluklar hizmete yönelik emirdir. İlave görev ve sorumluluğun yerine getirilmemesi ve bu göreve aykırı nitelikte tavır ve davranışlar emre itaatsizlikte ısrar suçunu ve/veya emre itaatsizlik disiplinsizliğini oluşturabilecektir. Dolayısıyla bu karar içeriğinde bir tür yaptırım tehdidi taşımaktadır. Gözübüyük/Tan'a göre idarenin ilgililere belli bir süre tanıyan ve uyulmaması yatırımla desteklenen uyarıları (la mise en demeure = temerrüt durumuna sokma) idari karar (icrai) olarak kabul edilmektedir.²²¹ Erkut ise, yaptırım tehdidi taşıyan işlemler konusunda, zorlama sonucunu doğuran ve zorlayıcı bir etki yaratan nitelikte olanların icrai nitelikte olduğunu ifade etmektedir²²².

²¹⁸ Bu yetki sadece “disiplin amirlerine” verilmiş olup sadece “amir” sıfatını taşıyanlar disiplin eğitime almak konusunda yetkilendirilmemişlerdir.

²¹⁹ ATAY, s. 437.

²²⁰ ULUSOY, s. 159.

²²¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 373.

²²² ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 145-146; Cemil KAYA, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, GÜHFD, C. 9, Ankara, 2005, s. 25 vd.; DURAN'a göre; idarenin, ilgiliye, tutum ve davranışları dolayısıyla, bir kanun tüzük yönetmelik hükmünü hatırlatarak uyarma yazısı tebliğ etmesi bir görüş veya niyet açıklaması olmakla beraber, bazen idari karar niteliği kazanabilir. Şöyle ki, bu uyarma üzerine idare, başkaca bir işlem yapmadan ilgili hakkında bir müeyyide (yaptırım) uygulama

Bununla ilgili olarak Danıştay 5. Dairesi, Tam Gün Yasası ile ilgili kararında; Anayasa Mahkemesi'nin kararını değerlendiren Sağlık Bakanlığı'nın internet sitesinde yayımlanan açıklamasına ilişkin olarak, oy çokluğuyla söz konusu açıklamayı iptal davasına konu olabilecek nitelikte, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir düzenleyici işlem olarak kabul etmiş ve yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir²²³. Danıştay'a göre söz konusu işlem, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan düzenleyici bir işlem niteliğinde olduğu için, iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlemdir.²²⁴ Bu kararlar ilgili olarak Danıştay DDK da, davalı idarenin itirazını kabul ederek, yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına karar verirken 5. Dairenin basın açıklaması başlıklı işlemin iptal davasına konu edilebileceğine ilişkin kararına yapılan itirazı reddetmiştir.²²⁵ Danıştay DDK'ya göre bir işlemin iptal davasına konu edilebilir nitelikte, kesin ve yürütülebilir bir işlem olup olmadığı, işlemin ismine veya idarenin isimlendirmesine bakılarak değil, işlemin içeriğine bakılarak belirlenir.²²⁶

Hizmete ilişkin emir olarak kabul edilen disiplin eğitime alma kararı, içeriğinde taşıdığı yaptırım tehdidi nedeniyle emredici ve icrai bir idari işlemdir. Muhatabı üzerinde hukuksal sonuç doğurabilecek bu kararlara karşı asker kişiler iptal davası yoluyla korunabilecektir²²⁷.

yetki veya imkânına sahip veya durumu düzeltmek için mehil vermiş ise; ortada bir idari kararın var olduğu kabul edilir; aksi halde, bir gösterici işlem söz konusu olur. DURAN, s. 398.

²²³ "...dava konusu işlemin; tüm ülke düzeyinde görev yapan kamu görevlisi hekimler için uyulması zorunlu bir işlem olarak yaptırım unsurunu içinde barındırdığı ... 5947 sayılı Yasa'nın uygulanması konusunda yeni değerlendirme öğeleri getiren, bir başka anlatımla, içinde yaptırım tehdidi bulundurarak emredici ve zorlayıcı nitelik taşıyan, düzenleyici bir işlem niteliğinde bulunduğu..." D5D., E. 2010/4406, K. 2011/1696, K.T. 21.07.2010, Kazancı.

²²⁴ Nihat KAYAR, **İdari Yargı Kuruluş ve İşleyiş**, Ekin Yayınevi, 2. Baskı 2013, s. 241–242

²²⁵ DİDDK, YD İtiraz No:2010/1116, K.T. 4.4.2011, Kazancı.

²²⁶ KAYAR, s. 242; Danıştay, bir seyahat acentesine gönderilen, faaliyetlerini 1618 sayılı kanuna uygun sürdürmemesi halinde işletme belgesinin iptal edileceğine dair ihtar yazısını kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem olarak kabul etmiştir. D10D., E. 96/3286, K. 98/4670, K.T. 30.09.1998, DD, 1999, S. 99, s. 543–545, (Nakleden: KAYA, İcrai Olmayan İdari İşlemler, s. 25).

²²⁷ Sebep ve konu unsuru açısından disiplin amirlerine takdir yetkisi veren bu düzenlemeye karşı yargı yolu kullanılarak güvence sağlanmalıdır. Personele, disipline edilmesi için ilave hizmet ve sorumluluklar yükleyen böyle bir idari işleme karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası ve tam yargı davası açılabilir. Burada mahkemeler idari işlem niteliğindeki bu emri, işlenen fiilin niteliğine, personelin statüsüne, rütbesine, makamına ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı hususunda denetleyecek ve aynı zamanda idari işlemin bütün unsurları yönünden hukuki denetim yapacaktır.

4. Disiplin Yaptırımlarının Diğer İdari İşlemlere Etkisi Sorunu

Disiplin ceza kararları kişi üzerinde doğrudan sonuç gösterdiği gibi bazı durumlarda diğer idari işlemleri de (atama, mali haklar vb.) etkileyebilmektedir. TSK D.K. m. 30/3’de de asker kişiye verilen disiplin cezalarının ağırlıklarına göre diğer idari işlemleri etkileyebilmesi hususu düzenlenmiştir.

Hakkında disiplin ceza kararı tesis edilen kamu görevlisi hakkında, salt bu cezanın naklen atamaya gerekçe alınması ve kişinin naklen atamasının yapılması çifte cezalandırma yasağına aykırı bir uygulama olacaktır. Adana 2’nci İdare Mahkemesi kınama cezası verilen bir memurun bu cezaya dayanılarak naklen atanması işlemini “*davacının atama işlemi ile ikinci kez cezalandırılmış olduğu*” gerekçesi ile iptal etmiştir²²⁸. Bu konuda Danıştay’a göre ise; “... eylemlerinin disiplin cezası verilmesini gerektirir nitelikte olması ve bu cezaların verilmiş bulunması karşısında, ayrıca bu eylemlerin naklen atamaya da gerekçe alınması, atamanın cezalandırma amacı taşıdığını göstermekte olup söz konusu cezaların dava konusu işlemin sebep unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunma(maktadır)²²⁹.” Aynı şekilde Ulusoy’a göre cezalandırma amaçlı tayin bir “yaptırım” niteliğinde olmamakla birlikte bu tür işlemler amaç unsuru yönünden yani yetki saptırması nedeniyle hukuka aykırıdır²³⁰. Gerçekten de “cezalandırma amacı” atama işlemlerinin amaç unsurunu oluşturabilecek nitelikte değildir.

Disiplin cezası alanların sadece aldıkları bu ceza nedeniyle ek ödeme, teşvik ikramiyesi gibi bir takım mali haklardan mahrum tutulması açık yasal dayanak bulunmadıkça hukuka aykırı olacaktır. Çünkü mali haklar konusunda memur güvenliği ilkesi gereği yasallık ilkesi geçerli olup ayrıca bu durum çifte cezalandırma yasağına da aykırı olacaktır²³¹.

AYM ise, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında Bakan tarafından belirlenecek ek ödemelerde personelin disiplin cezası almış olup olmadığının da değerlendirileceği, bu kuralın ise zaten disiplin

²²⁸ Adana 2. İdare Mahkemesi, E. 2014/134. K.T. 13.03.2014, Yayımlanmamıştır.

²²⁹ D5D, E. 1992/2342, K. 1999/853, K.T. 07.04.1999, DD, S. 103, 2001, s. 432-433, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 72).

²³⁰ ULUSOY, s. 7.

²³¹ ULUSOY, s. 163-164.

cezası ile cezalandırılan personelin ikinci kez cezalandırılmış olacağı bunun da aynı konu ve eylemden dolayı mükerrer yargılama yapılmaması ve ceza verilmemesi (ne bis in idem) ilkesine ve hukuk devletine aykırı olacağı savıyla önüne gelen davada, “*Disiplin cezası almanın sonucu olarak ek ödemededen kesinti yapılması disiplin cezası niteliğinde olmayıp, kamu performans yönetiminde verimliliğin artırılmasını sağlamak için tercih edilmiş bir yöntem olduğundan aynı konu ya da eylem nedeniyle iki kez cezalandırma anlamına gelmez.*” gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir²³². AYM’nin bu kararı yerindedir. Çünkü yasal dayanağı da bulunan “istisnai ve arızı bir ödemededen yararlandırmama” idari ceza niteliğinde olmadığından mükerrer cezalandırmadan söz edilemeyecektir²³³.

Bu konuyla ilgili olarak, TSK D.K.’nın “Disiplin cezalarının idari işlemlere etkisi” başlıklı 30’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında “*Disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar, nitelik ve niceliklerine uygun olarak; personel hakkında yapılacak sicil, terfi, atama, ayırma, ilişik kesme, sözleşme feshi, özellikli görevlere seçim ve benzeri idari işlemlerde göz önünde bulundurulur*” hükmü ile disiplin cezalarının diğer idari işlemlere etkisi düzenlenmiştir. Disipline aykırı bir eylemi sonucunda disiplin cezası alan bir asker kişinin salt bu cezası sebebiyle özellikli bir göreve seçilmemesi, örneğin yurt dışında doktora öğrenimi için başvuran bir subayın sırf disiplin cezası bulunduğu için bu eğitime gönderilmemesi veya bir subayın tüm niteliklerinin uygun olmasına rağmen disiplin cezası bulunduğu için şube müdürü/daire başkanı olarak atanmaması, non bis in idem ilkesine ve ölçülülük ilkesine aykırı bir uygulama olacak mıdır?

AYM’nin yukarıdaki içtihadı da dikkate alındığında, idarenin belli görevler için personeline belli nitelikleri araması hizmet gereği olup cezalandırma niteliğinde değil, bir tür idari tedbir niteliğindedir. Ancak bunun için salt disiplin cezası almış olma durumuna değil, alınan cezalar yanında kişinin hizmetteki başarı durumuna da bakılmalıdır. Çünkü bu düzenlemenin amacı asker kişiyi ikinci defa cezalandırmak değil, “*objektif ölçüte dayalı farklılaştırma*” yaratmaktır. Bu farklılaştırmanın ceza almış olmak yanında geçmiş hizmet durumuyla da desteklenmesi gerekmektedir. Asker kişinin sadece disiplin cezası bulunduğu için belli haklardan mahrum

²³² AYM, E. 2008/114, K. 2010/53, K.T. 01.04.2010, RG: 06.07.2010-27633.

²³³ ULUSOY, s. 164.

birakılması, naklen atama işlemine tabi tutulması mükerrer cezalandırma yasağına aykırı olacaktır.

Ayrıca personelin almış olduğu disiplin cezasının ağırlığı ile bu cezanın etkilediği idari işlem arasında bir orantının bulunması da şarttır. Uyarma/kınama gibi hafif nitelikte disiplin cezası bulunan bir personelin sırf bu nedenle özellikli bir göre (şube müdürü vb.) atanmaması işleminde, mükerrer cezalandırma yasağına aykırılık dışında ölçüsüzlük de bulunacak ve bu da işlemi konu unsuru bakımından hukuka aykırı hale getirecektir. Fakat aylıktan kesme/hizmet yerini terk etmeme gibi ağır nitelikte disiplin cezası bulunan personelin bu nedenle (geçmiş hizmetindeki başarısı da dikkate alınarak) özellikli bir göreve atanmaması hizmet gereklerine uygun olacaktır.

Ayrıca yargısal denetime kapalı olan disiplin yaptırımlarının diğer idari işlemlere etkisi, asker kişilerin hukuki güvenliğini zedeleyecek nitelikte ve hukuk devletli ilkesine aykırı bir uygulamadır. Yargısal denetiminin yapılamadığı bir işlemin kişi hakkında tesis edilecek diğer idari işlemlere maddi veya hukuki bir sebep oluşturması kuşkuyla yaklaşılacak bir durumu ortaya koymaktadır. Nitekim Danıştay da bir kararında, *“Görev ile ilgisi olmayan bir fiilden dolayı alınan ve yargı denetimi bulunmayan disiplin cezası neden gösterilerek teşvik ikramiyesi ödenmemesi yoluna gidilemeyeceği”*ne hükmetmiş, bu kararında yargı denetimi dışında tutulan bir işlemin başka bir işlemin sebep unsurunu oluşturması halinde, bu sebebin hukuka uygunluğuna kuşku ile baktığını ortaya koymuştur²³⁴.

Disiplin amirine kıyas yetkisinin verilmesi, disiplinsizliklerin belirsiz bir şekilde tanımlanması, bazı cezalara karşı yargı yolunun kapalı olması TSK disiplin hukukunun otoriter yönünü ortaya koymaktadır. Bunun yanında özellikle disiplin yaptırımlarının idari işlemlere etkisi konusunda, disiplin yaptırımlarının sicilden hiçbir şekilde silinememesi, personelin mesleki yaşamının tamamen korku ile geçmesine neden olmakta, otoriterliği hakkaniyete ve adalete aykırı bir şekilde pekiştirmektedir. TSK D.K.’nın disiplin cezalarının idari işlemlere etkisi konusundaki düzenlemesi (m. 30/3) ölçülülük ilkesine aykırı uygulamalar yapılmasına imkân sağlamakla birlikte, disiplin yaptırımının ıslah edici işlevini

²³⁴ D11D., E. 2002/4401, K. 2003/291, K.T. 22.01.2003, Danıştay Kararlar Dergisi, Y. 1, S. 1, 2003, s. 463-465, Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz: KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 332-333.

ortadan kaldırmakta, sadece cezalandırıcı etkisini korumakta ve güçlendirmektedir²³⁵. Ölçülülük ilkesine aykırı uygulamalar kapı aralayan olan bu düzenleme ile bir subayın meslek hayatı boyunca sadece teğmen rütbesinde iken almış olduğu bir disiplin cezası, uzun yıllar sonra albay rütbesinde iken karşısına çıkabilecek, belki de özellikli bir göreve seçilmesine engel olacaktır. Personeli disipline etmekten çok disiplinsizliğe sevk edecek nitelikteki bu düzenlemenin tekrar gözden geçirilmesi ve cezaların ağırlıklarına göre belli sürelerde sicilden silinebilmesi gerekmektedir. Nitekim AYM'ye göre de, “... yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlendiği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır.”²³⁶

III. İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI BAKIMINDAN ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

A. YETKİ USURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

1. İdarenin Yaptırım Uygulama Yetkisinin Kaynağı

İdarenin bütünlüğünü sağlayan en önemli araçlardan birisi olan hiyerarşi yetkisi, hiyerarşik amire astının işlem ve eylemlerini denetleme, düzeltme yetkisi gibi birçok yetki vermektedir. Hiyerarşik bağın amacı kamu görevlileri arasında belli bir bağın kurulması suretiyle hizmetin en verimli şekilde yürütülmesini sağlamak olduğundan, hiyerarşik amirin astının hizmet düzenini bozan davranışlarını önlemek konusunda bir sorumluluğu ve görevi vardır. Bu kapsamda disiplin cezasının hiyerarşi kudretine dayandığını, disiplin cezalarının kamu hizmetinin etkin bir şekilde görülebilmesi için hiyerarşi kudretine dayanılarak alınan idari tedbirler

²³⁵ “Orantılılık ilkesi, mağdurun korunması ile failin cezalandırılması arasında makul bir ilişki olmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle hak yoksunluğu getiren düzenlemelerde hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır. Ayrıca, yaptırımlarda güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp, tekrar topluma kazandırılmasıdır.” AYM, B.N. 2012/1128; K.T. 08.05.2014.

²³⁶ AYM, E. 2010/104, K. 2011/180, K.T. 29.12.2011.

olduğunu ifade eden yazarlar bulunmaktadır.²³⁷ Hiyerarşik yetkinin kapsam ve amacı disiplin cezalarının hizmet düzenini sağlama amacıyla birlikte değerlendirildiğinde, hiyerarşi “*disiplin cezalarının hukuki esasını ve gerçekleştirme aracını*”²³⁸ oluşturmaktadır.

İdarenin kamu hizmetinin düzenli ve sürekli yürütülebilmesi için gerekli önlemleri almak yetkisi bulunmaktadır. Fransız hukukunda, Devlet Şurası’nın *Jamart* (CE, 1936) kararıyla, kamu hizmetinin sürekli ve düzenli işleyebilmesi için yasal yetkilendirme bulunmasa bile, hizmetten sorumlu olan amirin yetkisi altındaki hizmetin iyi işleyebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapabileceği kabul edilmektedir²³⁹. Türk hukukunda ise Danıştay 8. Dairesi tarafından oybirliği ile alınan bir kararda; Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğünde sözleşmeli olarak çalışan personele verilen disiplin cezasının hukuki dayanağı tartışılmış, Resmi Gazete’de yayımlanmayan Yönetmeliğe dayanılarak verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı, ancak “*Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli yürütülmesi asıldır. Bu nedenle kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma düzeninin sürekliliğini bozan davranışlarının önlenmesi de hizmet gereğidir,*” gerekçesi ile²⁴⁰ uyuşmazlığa konu olan olayda sözleşmeli personele sözleşme ekindeki hükümlere dayanılarak verilen cezanın hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir.²⁴¹

Öğretide ise Gözler tarafından ortaya konulan görüş oldukça önemlidir. Yazar, disiplin cezalarının kanunla düzenlenmesi gerektiğini, ancak bunun yasal ve anayasal temeli bulunmayan içtihatlarla dayanan bir durum olduğunu, devlet memuriyetinden çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları dışında kalan suçların yönetmelikle bile öngörülmüş olmasına gerek olmadığını, idarenin kendi personeli

²³⁷ ASLAN, s. 28; “...disiplin cezası hiyerarşi kudretine dayanır, memurun vazifesine ve dolayısıyla amme hizmetlerine taallük eder.” Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul, 1960, s. 1511, 1512.

²³⁸ ASLAN, s. 134.

²³⁹ KARAHANOĞULLARI, Kamu Hizmeti, s. 193.

²⁴⁰ Söz konusu karar disiplin yaptırımlarının hukuki niteliği konusunda ileri sürülen “sözleşme görüşünü” andırmaktadır. Bu görüş disiplin yaptırımı uygulama yetkisini sözleşmeye dayandırmakta, burada belli bir örgüte üye olmak söz konusu olduğu için üyelerden biri üyelik yükümlülüğüne aykırı davrandığında diğer taraf da yaptırım uygulama yetkisine sahip bulunmaktadır. Disiplin cezası uygulama yetkisi kamu gücüne değil yapılan sözleşmeye dayanmaktadır. SALON, Serge, *Délinquance et Répression Disciplinaires Dans La Fonction Publique*, Paris, 1969, s. 15 vd. (Nakleden: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 127).

²⁴¹ D8D. E. 1998/920, K. 1998/1846, K.T. 22.05.1998, Kazancı.

üzerinde sahip olduğu genel yönetim yetkisinden kaynaklanan genel bir yetkisinin olduğunu ve bu yetkiye dayanarak hizmet düzenini bozan bir fiile yaptırım uygulayabileceğini, disiplinsizliklerin sadece takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla yönetmeliklerle düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴².

Disiplin yaptırımı uygulama yetkisini hizmet gereği ve idarenin hizmeti engelleyen fiillere karşı sahip olduğu doğal ve genel bir yetki olarak gören anlayış, Danıştay DDK'nın bir kararına karşı oy yazan bir üye tarafından da ortaya konmuştur. *“Diğer yandan idarelerin bir disiplin cezası verebilmeleri için bu konuda yürürlükte bir yönetmelik bulunması gereksinimi de doğru değildir. ... önceden belirlenmiş bir kural varsa, idarelerin buna uymak zorunlulukları bulunmakta ise de; böyle bir kuralın olmaması halinde idarelerin duruma göre disiplin cezası takdir etme yetkileri doğal karşılanmalıdır. Çünkü disiplin cezası yetkisi kamu hizmeti yapan idarenin bu hizmeti engelleyenlere karşı sahip olduğu, yönetmelik ve kamu hizmeti yapma yetkisinin doğal ve ayrılmaz bir parçasıdır.”*²⁴³

Disiplini sağlama amacıyla bir takım işlemler yapmak, hizmet düzenini sağlama amacı kapsamında bir takım idari tedbirler almak, hiyerarşi yetkisi ve genel yönetim yetkisi kapsamındadır. Örneğin amirin astını yazılı veya sözlü olarak ikaz etmesi, disipline aykırı davranışı nedeniyle ayrıca hizmete ilişkin belli görevler vermesi hiyerarşik yetki kapsamındadır. Ancak kurum içi düzenin yaptırım uygulama yoluyla sağlanması için, idarenin kanuniliği ilkesi gereği, yasal yetkilendirme şarttır. Kamu görevlilerine uygulanacak disiplin yaptırımlarının *“kanuni dayanağının olması "Kanuni idare" ilkesinin sonucudur. Bu sebeple, idarenin kanuni dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir.”*²⁴⁴ Ancak idarenin kanuniliği ilkesi tüm yaptırım çeşitlerinin kanunla düzenlenmesini gerektirmez. İdareye kanunla verilecek genel bir yaptırım uygulama yetkisi, örneğin 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 18'de ifade edilen *“Amir; maiyetine disiplini bozan fiil ve hareketlerinden dolayı disiplin cezaları verir.”* genel hükmü,

²⁴² GÖZLER, C. II, 2009, s. 758.

²⁴³ DİDDK, E. 1991/496, K. 1992/176, K.T. 23.10.1992, Kazancı.

²⁴⁴ D14D, E. 2011/16621, K. 2012/6548, K.T. 03.10.2012, Kazancı; *“Anayasaya göre idari makamlar kullandıkları yetkiyi kanundan alırlar. Kanuni idare ilkesi uyarınca, idarenin yetkileri ve bu yetkiyi kullanacak makamlar kanunla belirlenir. İdari işlemlerin hukuken geçerli sayılması için kararların kanunla yetkili kılınan makam ve kişilerce alınması gerektiğinden idari makamların işlemin yetki unsuru üzerinde takdir yetkisi olamaz.”* D1D, E. 2000/29, K. 2000/59, K.T. 17.4.2000, Kazancı.

idarenin kanuniliği ilkesi kapsamında idarenin disiplin yaptırımını uygulaması için yeterlidir.

İdare hukuku ilke ve kuralları bağlamında disiplin ceza türlerinin ayrı ayrı (uyarma, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme vb.) kanunla düzenlenmesini gerekli kılacak olan memur güvenliği ilkesidir. AY. m. 128/2 ile vücut bulan kanunla düzenleme ilkesi (memur güvenliği ilkesi), kamu görevlilerine uygulanacak disiplin yaptırımını türlerinin kanunla düzenlenmesini ve kamu görevlilerine disiplin hukuku alanında kanunla güvence getirilmesini zorunlu kılar.

Yaptırım uygulanacak fiillerin tespiti konusunda ise, idarenin kanuniliği ve memur güvenliği ilkesi (AY. m. 128/2), bu fiillerin tamamının yasayla düzenlenmesini zorunlu kılmaz. Diğer bir söyleyişle, yaptırım uygulamak konusunda yasayla yetkilendirilen amir, kurum içi düzeni bozduğunu düşündüğü bir fiile (bu fiil mevzuatta öngörülmüş olmasa bile) yaptırım uygulayabilecektir. Yaptırım uygulama konusunda yasayla yetkili kılınan amirin önceden belirlenen fiillere yaptırım uygulamasını sağlamak, bu konuda keyfiliğin önüne geçip kamu görevlisini korumak için, söz konusu yaptırımın cezai içeriğinden yola çıkıp suç ve cezalara ilişkin genel ilkelere (suçta ve cezada kanunilik ilkesine) başvurulması zorunlu gözükmemektedir. Bu konuda idarenin kanuniliği ilkesi ve memur güvenliği ilkesi gerekli korumayı sağlamaktan uzak ilkelerdir. Nitekim AYM’de bu konuya ilişkin olarak, yaptırım uygulama yetkisinin Anayasa çerçevesi içinde yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarda belirlenen koşullarda kullanılacağını, disiplin cezası niteliğinde yaptırımlar için yönetimin kural işlemlerle yetkili kılınacağını ve yönetimin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi yetkisiyle bu konuda kural koyamayacağını Anayasa’nın 38’inci maddesine dayanarak ifade etmiştir²⁴⁵.

Ayrıca, AYM’ye göre idarenin yaptırım uygulama yetkisinin anayasal temeli, Anayasa’nın 38. maddesindeki “*idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu*

²⁴⁵ AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988, RG: 23.08.1988-19908; “*idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlara verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir.*” AYM, E. 1996/48, K. 1996/41, K.T. 23.10.1996, AMKD, C. 1, S. 33, s. 181; İsmail YEŞİL, “**Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları**”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 52, Y. 5, Aralık 2010, s. 21.

doğuran bir müeyyide uygulayamaz” hükmüdür. Mahkemeye göre bu hükümle idareye hürriyeti bağlayıcı müeyyideler dışında müeyyide uygulama yetkisi dolaylı olarak verilmiştir. “Öte yandan, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı"na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir "idari müeyyide" olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır.”²⁴⁶

2. Disiplin Yaptırımı Kararı Almaya Yetkili Amir ve Kurullar

İdare, idari işlem ve eylemlerle bireylerin hak ve menfaatlerini olumlu veya olumsuz yönde etkilemekte, idari işlem ve eylemlerle toplumsal hayatta somutlaşmaktadır. Bu somutlaşmayı sağlayan işlem ve eylemlerin idare adına yapılabilmesini sağlayan ise “yetki” kurallarıdır.

Anayasanın 6’ncı maddesi “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*” hükmüyle idarenin aslında yetkisiz olmasını kural haline getirmiş²⁴⁷, idare adına karar almayı belirli kişi, kurul, organ ve makamların anayasa ve yasalarla yetkili kılınması şartına bağlamıştır²⁴⁸.

Yetki, söz konusu idare içerisinde kimin hangi konuda karar alabileceğini belirleyerek idarenin iç düzenini sağladığı gibi idare edilenlere de teminat sağlamaktadır. İç Hizmet Kanunu madde 24 ile TSK’da her üst, disipline aykırı gördüğü her duruma müdahale etmeye yetkili kılınmıştır. Ancak bu müdahale o anki disiplinsizliğin, fiziki düzensizliğin önlenmesine, ortadan kaldırılmasına yönelik olup disiplinsizlik yapan personelin cezalandırılabilmesi yetkisini içermemektedir. TSK D.K. asker kişilere hangi makamların disiplin cezası verebileceğini kesin kurallara

²⁴⁶ AYM, E. 200/43, K. 2004/60, K.T. 13.5.2004.

²⁴⁷ GÖZLER, 2013, s. 306.

²⁴⁸ ATAY, s. 453.

bağlayarak asker kişilerin bütün üstleri tarafından cezalandırılabilmesinin önüne geçmiş, personeli bu yolla korumuştur.

Yaptırım uygulamada aynı zamanda hiyerarşik amir de olan disiplin amirlerinin yetkisi ön plana çıkarılmıştır. Personelin hizmetin ifasında yapabileceği disiplinsizliklerin farkına en iyi varabilecek olan en yakın hiyerarşik amiridir²⁴⁹. Disiplin cezası verebilmenin kaynağı hiyerarşi kudreti olduğuna göre²⁵⁰ hiyerarşik amirin bu alanda ön plana çıkarılması hizmet gereklerine de uygundur²⁵¹. Örneğin TSK D.K.'da ceza verilmesi konusunda disiplin amirlerinin ön plana çıkarılmasının yanında, öncelikle disiplin cezası vermeye personelin ilk disiplin amirinin yetkili olduğu düzenlenmiş, üst disiplin amirlerinin disiplin cezası verebilmeleri özel şartların varlığına bağlı kılınmıştır (TSK D.K. m. 9). 657 sayılı DMK açısından ise, Danıştay verdiği bir kararında, en üst disiplin amiri olan müsteşarın disipline aykırı fiili nedeniyle memura doğrudan disiplin cezası vermesini hukuka uygun bulmuştur. Danıştay'ın bu kararı disiplin hukukunun amacına ve memur güvencesi ilkesine uygun değildir²⁵².

Disiplin cezası vermeye yetkili makam ve kurullar yasa ile belirlenmiş olup bu durum personelin hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır²⁵³. Buna göre disiplin cezalarının verilmesinde cezanın ağırlığına göre yetkili makamlar kademeli olarak belirlenmiştir. Silahlı kuvvetlerden ayırma disiplin cezası sadece yüksek disiplin kurulları tarafından²⁵⁴; hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezaları disiplin kurulları ve disiplin amirleri tarafından, uyarma, kınama, hizmete kısmi

²⁴⁹ ASLAN, s. 106.

²⁵⁰ ONAR, C. II, 1960, s. 1511-1512.

²⁵¹ ÖRÜCÜ, s. 811.

²⁵² "Yukarıda anılan yönetmelik uyarınca, davacıya. ... İlçe Milli Eğitim Müdür veya ... İlçe Kaymakamı tarafından disiplin cezası verilmesi gerekmekte ise de; Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkındaki Yönetmeliğin yukarıda anılan 16/2 maddesi hükmü uyarınca bakanlık müsteşarı, bakanlıkta görevli bütün memurların en üst disiplin amiri olduğundan ve yetkilerini her derecedeki memur hakkında kullanabileceğinden, müsteşar tarafından davacıya disiplin cezası verilmesi, dava konusu işlemi sakatlar nitelikte görülmemiştir." D8D, E. 1998/4598, K. 1998/3633, K.T. 10.11.1998, Kazancı.

²⁵³ Ramazan YILDIRIM, "Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri", Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi, 9 (36), Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/idare_hukuku/doc_dr_ramazan_yildirim.htm, E.T. 02.15.2014. s. 4, (Makale internet çıktısı üzerinden numaralandırılmıştır.), (Disiplin Hukuku).

²⁵⁴ Yetki unsuru bakımından özellikle silahlı kuvvetlerden ayırma disiplin cezasında yetkinin tamamen askeri otoriteden oluşan Yüksek Disiplin Kurullarına bırakılmasının demokratik hukuk devleti ve memur güvenliği açısından bazı sakıncalar taşımaktadır.

sürelî devam ve aylıktan kesme cezaları ise ancak disiplin amirleri tarafından verilebilecektir²⁵⁵. Askerî öğrencilere verilecek kınama cezası disiplin amirleri, izinsizlik cezası disiplin amir ve kurulları, erbaş ve erlere verilecek izinsizlik, ilave hizmet yükleme cezaları disiplin amirleri, oda hapsi disiplin amirleri ve disiplin kurulları, hizmetten men ise disiplin kurulları tarafından verilecektir.

Disiplin cezası verme konusunda subaylar ve astsubaylar arasındaki ayrım kaldırılmıştır. Buna göre sicil verme yetkisi bulunan astsubaylar da disiplin amiri olarak tanımlanmış olup disiplin amirlerinin verebilecekleri cezalar rütbe ve makamları dikkate alınarak yeniden belirlenmiştir.

TSK disiplin hukuku sisteminde bulunan Disiplin Mahkemelerinin barış zamanında disiplin cezası verme yetkileri kaldırılmıştır. Disiplin Mahkemeleri sadece savaş zamanında disiplin cezası vermeye yetkili olacak, bunların yerine asgari tugay seviyesinde görev yapacak disiplin kurulları ile Silahlı Kuvvetlerden ayırma disiplin cezası vermek üzere Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında yüksek disiplin kurulları kurulmuştur.

En az iki disiplin amirinin teklifi veya yüksek disiplin kurulu tarafından re'sen yahut Genel Kurmay Başkanı tarafından doğrudan başlatılabilecek süreç sonucunda verilebilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma disiplin cezasını vermeye yetkili makamlar kanunun 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre general ve amiraller hakkında silahlı kuvvetlerden ayırma cezasını vermeye Genelkurmay Başkanlığında teşkil edilecek yüksek disiplin kurulu yetkilidir. Bu kurulun vereceği çıkarma kararı başkaca bir işleme gerek olmaksızın yürürlüğe girecektir. Bunun dışındaki asker kişiler hakkında ise, mensubu oldukları kuvvet komutanlıklarında oluşturulacak yüksek disiplin kurulu tarafından ayırma kararı verilecektir.

TSK D.K. EK – 1 sayılı cetvelde bazı rütbe sahibi personelin disiplin cezası verme yetkisi ise bazı şartların varlığına bağlı tutulmuştur. Örneğin uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erbaşlar sadece müfrez görev yaptıkları süre içerisinde²⁵⁶ erbaş ve erlere izinsizlik ve ilave hizmet yükleme cezalarından birini vermeye yetkili

²⁵⁵ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.24.

²⁵⁶ Disiplin Kanunu gerekçesinde bu duruma şu örnek verilmiştir. Örneğin, bağlı olduğu birlikten ayrı bir yerde belli bir süre ile görevlendirilmiş bir timin komutanı olma durumu.

kılınmışlardır. Önceki mevzuata göre sadece müfrez²⁵⁷ görev yapmaları halinde ceza verme yetkisi bulunan yedek subaylar, sicil verme yetkileri bulunmadığından dolayı kendilerine sicil verilemeyen sözleşmeli erbaş erler ile yükümlü erbaş ve erlere disiplin cezası verebileceklerdir. Ayrıca önceki mevzuata göre sadece müfrez olarak görev yaptığı sürece yaptırım uygulamaya yetkili olan teğmen, asteğmen, astsubaylar, uzman jandarmalar artık müfrez görev yapmasalar bile kanundaki şartları taşımaları halinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olabileceklerdir.

Disiplin amirlerinin uygulayabilecekleri yaptırım miktarı rütbelerine göre belirlenmiştir²⁵⁸. Ancak kendi rütbesinin üstündeki bir kadroda görev yapan disiplin amirinin ceza verme yetkisinin tespitinde, kendi taşıdığı rütbe değil görev yaptığı kadronun rütbesi esas alınacaktır. Örneğin bir Binbaşı, Albay rütbesindeki bir kadroda görev yapıyorsa, TSK D.K. madde 8/3'deki şartları taşıması kaydıyla Ek-1 sayılı çizelgede albay satırında belirlenmiş olan sınırlar içerisinde disiplin cezası vermeye yetkilidir (TSK D.K. m. 8/5). Bu durumun tersi ihtimalinde ise, örneğin bir albayın binbaşı kadrosunda görevli olması ve bu kadroda disiplin amiri olması halinde, albay satırında belirlenmiş olan sınırlar içerisinde yaptırım uygulamaya yetkili olacaktır.

TSK Disiplin Kanunu EK – 1 çizelgede asteğmen, teğmen, astsubay çavuş ve astsubay kıdemli çavuş rütbelerindeki personelin bu rütbelerdeki personele hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, oda hapsi gibi ağır cezaları verme hakkı tanınmamıştır. Bunu nedeni Kanunun gerekçesinde, meslekte yeni ve tecrübesiz olan personelin bu şekilde ağır nitelikli cezaları uygulama sorumluluğu altında bırakılmak istenmemiş olması şeklinde ifade edilmiştir. Personelin hak ve menfaatlerini önemli ölçüde etkileyebilecek nitelikte olan bu cezaların meslekte tecrübesiz ve yaşça genç disiplin amirleri tarafından verilememesi oldukça yerinde bir uygulama biçimidir.

Disipline aykırı bir fiil işlendiğinde bu fiilin mutlaka cezalandırılacağı bilincine olunması, personeli daha fazla disipline edici niteliktedir. Bu nedenle

²⁵⁷ Müfrez, bir bütünden ayrılmış anlamına gelmektedir.

²⁵⁸ “Ancak mahkemeye göre orduların hiyerarşik yapısı, rütbe bakımından farklı muamelelerde bulunmayı gerektirmektedir. Çünkü her rütbe farklı derecede sorumluluk taşımakta ve bu sorumluluk da disiplin alanında eşitlikçi olmayan muameleleri meşru hale getirmektedir. Rütbe gibi objektif bir ölçüde dayanan bu farklılaştırmalar, her bir askeri kategoriye uygun metotlarla disiplinin korunması şeklindeki meşru amacın gereğidir.” Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 72.

disiplin cezalarını verecek yetkili makamın tespitinde bu yetkinin kesin ve zamanında kullanılabilmesi hususlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında disiplin cezası verme yetkisi (ayırma yaptırımı dışında) disiplin kurullarının yanında personele yakın olan amirlere verilmelidir²⁵⁹. TSK D.K. ile yaptırım uygulama yetkisinde ağırlık disiplin kurullarına değil disiplin amirlerine verilmiş, disiplin amirleri askeri disiplin hukukunda en önemli aktör haline getirilmiştir. Disiplin amirlerinin sadece ayırma ve erbaş ve erlere verilebilecek hizmetten men cezasını uygulama konusunda yetkileri bulunmayıp bunun dışındaki bütün cezaları uygulama konusunda yetkilidirler.

Disiplin kurullarının doğrudan harekete geçip disiplin cezası verme yetkileri yoktur. Disiplin amiri asker kişiye hizmet yerini terk etmeme cezasının miktar olarak daha fazla verilmesi veya erbaş/ere hizmetten men cezası verilmesi gerektiğini düşünüyor ise söz konusu kişinin dosyasını disiplin kuruluna sevk edecektir. Bunun dışında disiplin kurullarının doğrudan harekete geçip ceza verme yetkisi yoktur. Burada da disiplin amiri ön plana çıkarılmış, ayırma cezası dışında disiplin amirleri bir anlamda tek yetkili makam olmuştur.

Disiplin cezası verme yetkisinin kendisine en yakın hiyerarşik amirde olması personel için olumlu bir durum yaratmanın yanında amirin disiplini sağlamak konusunda otoritesinin artmasına da hizmet etmektedir. Disiplin cezasını vermeye yetkili makamın personeli en iyi tanıyan ve bu nedenle daha doğru değerlendirebilecek olan ilk disiplin amirinde olması personeli korumanın yanında amirin otoritesini de arttırdığından disiplinin daha etkili sağlanmasına da hizmet edecektir. Nitekim Aslan'a göre de, disiplin yetkisini haiz organ ile kamu görevlisi arasında hiyerarşi yetkisinin bulunması halinde, disiplin cezası vermek yetkisi, esas itibarıyla hiyerarşik yetkinin bir çeşididir ve bu bakımdan hiyerarşik amir tarafından kullanılması gerekir²⁶⁰.

Ancak, disiplin amirlerinin ceza uygulamak konusunda otoritesini arttıran bu düzenlemeler hizmet gerekleri açısından olumlu nitelikte olsa da, cezaların çoğunluğunu uygulama konusunda disiplin amirlerine (tek bir kişiye) bu denli bir

²⁵⁹ CEM, s. 828.

²⁶⁰ ASLAN, s. 28.

yetki verilmesinin asker kişi bakımından teminatsız hukuki durum, hizmet bakımından da memurun hizmetten ziyade üste bağlanması tehlikesini de taşıyacağı savunulmaktadır.²⁶¹ Çünkü asker kişi hakkında disiplin kurullarının vereceği cezalar, ceza verme yetkisinin kötüye kullanılmasını daha fazla önleyebilecek bir sistemdir. Bu nedenle amire böyle bir yetkinin tanınması, memur bakımından teminatsızlık teşkil edeceğinden, sözü geçen yetkinin bir takım disiplin kurul ve komisyonlarına bırakılmasının ve bunların faaliyetlerinin düzenlenmesinin daha uygun olduğu savunulmaktadır.²⁶²

Ancak yaptırım uygulama yetkisinin kamu görevlisini yakından tanımayan ve yaptığı hizmete uzak bir kurula da verilmesi belli sakıncaları bünyesinde taşımaktadır. Yaptırım uygulama yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla disiplin cezası verme yetkisini kamu hizmetinin işleyişi ile doğrudan teması olmayan mercilere vermek yerine²⁶³, disiplin amirlerinin yetkileri objektif kriterlere bağlanarak (TSK D.K. m. 6: “Takdir Hakkının Kullanımı”), personele savunma hakkı tanınarak (m. 40: “Savunma Hakkı”), itiraz ve yargısal denetim yolları açık tutularak (m. 41. 42 ve 43), kararların gerekçeli olması şart kılınarak (m. 6) yetkinin keyfi kullanımının önüne geçilebilir. TSK D.K.’da ise bu nitelikte güvenceler sağlanarak, personelin haklarının teminat altına alınması konusunda bir tür denge kurulmuştur. Ayrıca bunun yanında, disiplin cezası vermeye yetkili amir karşısında maiyetin haklarının şahsi mülahazalarla ihlal edilmemesi için disiplin cezası verme yetkisinin belli bir dereceye kadar amire veya bir üst amire verilmesi, bu dereceden yukarıda olanların ise disiplin kurullarınca verilmesi gerekmektedir²⁶⁴. TSK D.K.’da da buna uygun bir şekilde, disiplin amirlerinin verebileceği ceza miktarları daha az tutulmuş, belli sınırların üzerindeki ceza miktarına disiplin kurullarının karar vermesi sağlanmıştır.

²⁶¹ ÖRÜCÜ, s. 805.

²⁶² ASLAN, s. 28, 134.

²⁶³ ÖRÜCÜ, s. 808.

²⁶⁴ GÜNAL, s. 197.

a. Disiplin Amiri ve Disiplin Amirleri

TSK D.K.'da disiplin amiri “disiplin cezası vermeye yetkili amir” olarak tanımlanmıştır. TSK D.K. ile “amir” ile “disiplin amiri” kavramları birbirinden ayrılmıştır. Amir konumunda olmak, kendiliğinden disiplin amiri olarak ceza vermek yetkisini de beraberinde getirmemektedir. Çünkü yaptırım uygulama yetkisi önemli ve özellikli bir yetkidir ve bu yetkiyi kullanacak personelin belli özelliklerinin bulunması gerekmektedir. Buna göre emir vermeye yetkili olan her amir aynı şekilde disiplin cezası vermeye yetkili değildir. Bir amirin disiplin cezası verebilmesi için “disiplin amiri” olması gerekir ki disiplin amiri olmanın şartları Kanunun 8. maddesinin 3. fıkrasında sayılmıştır. Sadece bu şartları taşıyan kişiler disiplin amiri sıfatıyla disiplin cezası verebilecek, bu şartları taşımayan amirler emir verme yetkisini taşımanın yanında, sadece disipline aykırı davranan kişinin cezalandırılmasını yetkili disiplin amirinden talep edebilecek veya disiplin cezası yerine geçmeyen ikaz etme yetkisini kullanabilecektir²⁶⁵.

TSK D.K. ile ceza vermeye yetkili amirler, disiplin amiri olarak isimlendirilmiş olup disiplin amiri olabilmek için amir olmanın yanı sıra başka şartlar da getirilmiştir²⁶⁶. TSK D.K. madde 8/3'e göre disiplin cezası verebilmek için amir konumunda bulunulmalı, disiplin cezası verilecek kişiden rütbe ve kıdemce büyük olunmalı ve disiplin cezası verilecek kişi subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaş statüsünde ise, ilgili mevzuata göre bu personele sicil verme yetkisinin²⁶⁷ bulunması gerekmektedir. Ancak bu şartları “birlikte” taşıyan kişi disiplin amiri sıfatıyla disiplin cezası verebilecektir. Bu şartlar (amir olmak, üst olmak ve sicil verebilmek) kümülatif şartlar olup birisinin eksik olması halinde disiplin yaptırım uygulama yetkisi doğmayacaktır.

²⁶⁵ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.23.

²⁶⁶ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.23.

²⁶⁷ Sicil verme yetkisi subaylar için Subay Sicil Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde, astsubaylar için Astsubay Sicil Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinde, uzman jandarmalar için Uzman Jandarma Atama ve Sicil Yönetmeliği'nin 30-33'üncü maddelerinde, uzman erbaşlar için ise Uzman Erbaş Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.146.

1) Amir Olmak

TSK Disiplin Kanununa göre amir kadro ve kuruluş yönünden bağlı olunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişilerdir (m.3). Buna göre amirlik “kadro ve kuruluşu esas alan amirlik” ile “yetkilendirme ile kazanılan amirlik” olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıca bazı özel durumlarda kazanılan sınırlı amirlik uygulamasını da disiplin hukuku açısından incelemek gerekir.

a) Kadro ve Kuruluşu Esas Alan Amirlik

Asker kişinin TSK’nın teşkilat yapısı itibarıyla bağlı olduğu kişi amir vasfını kazanacaktır²⁶⁸. Buna göre amirlik statüsünün kazanılmasındaki esas, görev yapılan yerdeki teşkilat yapısıdır. Bu teşkilat yapısı kapsamında hiyerarşik olarak üstte bulunan²⁶⁹, kendisine bağlı olunan ve emretme yetkisine sahip kişi amirdir.

Teşkilat yapısına göre kimin amir olduğunun tespit edilmesi için esas alınması gereken, bir birlik, karargâh veya kurumun onaylanmış Teşkilat-Malzeme-Kadro (TMK) çizelgelerinde (hizmet kadrolarının açıklamalarında)²⁷⁰ belirtilen hiyerarşik bağlantıdır.

Bu nitelikte bir amirlik, öncelikle bir kadro görevine atanmak ve fiilen bu kadroda göreve başlamakla kazanılır. Önceden belirlenmiş kadro görevlerine atamaya yetkili makam tarafından, 926 sayılı TSK Personel Kanunu kapsamında atama yapılmaktadır. Bir göreve atanan kişi, atandığı kadroya fiilen başlamakla, işgal ettiği makama göre maiyetinde bulunan askeri şahıslara karşı amirlik sıfatını kazanmış olur. Atanan kişinin göreve başlamadan önce veya görevden ayrıldıktan sonra amirlik sıfatından söz edilemez²⁷¹.

²⁶⁸ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 73.

²⁶⁹ 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 9’a göre Amir: *Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir.* Madde 11’e göre ise: *Makam: Her amirin Silahlı Kuvvetlerde temsil ettiği mevkidir.*

²⁷⁰ Teşkilat-Malzeme-Kadro (TMK) çizelgelerinin yasal dayanağı, 926 sayılı Personel Kanunu 4’üncü maddesidir: “Silahlı Kuvvetlere mensup subayların ve astsubayların görev ve sorumlulukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile diğer kanun, tüzük, yönetmelik, yönerge, talimatname ve hizmet kadrolarının açıklamalarında gösterilir. İç Hizmet Kanunu madde 74: Hangi rütbe sahibinin hangi birlik ve askeri kurumda ne gibi vazife alacağı kadrolarda tesbit edilir.

²⁷¹ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.85.

b) Yetkilendirmeyi Esas Alan Amirlik

Burada kadro ve kuruluş yönünden bir bağlantı olmasa da, kanun ve diğer alt mevzuata uygun bir şekilde yetkilendirilen, diğer bir ifadeyle görevlendirilen kişilere disiplin hukuku bakımından amirlik sıfatı verilmiştir.

Nöbetçi amiri, garnizon komutanları ve kışla komutanı kadro ve kuruluş yönünden bir bağlantı olmasa da yetkilendirilmek suretiyle amirlik sıfatı kazanmışlardır. TSK'da geçerli olan komuta kontrol ilişkileri kapsamında (MDK – 3 TSK Müşterek Harekât Doktrini, 5'inci bölüm) bir birliğin emrine, hareket komuta ve kontrolüne, taktik komuta ve kontrolüne veya desteğine verilme durumlarında da geçici olarak kuruluş bağlantısı içerisine girme ve yetkilendirmek suretiyle amir maiyet ilişkisi doğmaktadır²⁷².

Aynı şekilde amir konumunda bulunan kişiye vekâlet etme veya amir konumunda bulunan bir kadroya yapılan geçici görevlendirmelerde de yetkilendirmeyi esas alan amirlikten bahsedilebilir. Yetkilendirmeyi esas alan amirlikte kanundaki diğer şartların taşınması halinde (üst olma, sicil verme) disiplin yaptırımı uygulama yetkisine sahip olunacaktır.

c) Sınırlı Amirlik

İç Hizmet Kanunu ve Askeri Ceza Kanunundaki bazı düzenlemeler kişilere yer, zaman ve konu bakımından sınırlı yetkiler vermektedir. Bu yetkiler bazen garnizon komutanlığında yer bakımından sınırlıyken, bazen kışla, konak ve orduğah komutanlarında olduğu gibi konu bakımından sınırlandırılmış, bazen de nöbetçi personelde olduğu gibi zaman bakımından sınırlandırılmıştır²⁷³.

İç Hizmet Yönetmeliği m. 158'e göre garnizondaki askerî kıta ve kurumların disiplinini mükemmel bir halde bulunduracak tedbirler almakla görevlendirilen garnizon komutanı, İç Hizmet Kanunu madde 47'ye göre, garnizona dâhil bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir. Ancak disiplin amiri kavramı TSK D.K. ile

²⁷² AVIALAN, s. 25.

²⁷³ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.87.

yeniden düzenlendiğinden ve belli şartlara bağlandığından garnizon komutanının İç Hizmet Kanunu'ndan doğan disiplin amirliği sıfatı sona ermiştir.

Kışla, konak ve ordugâh komutanı²⁷⁴ kışla emniyetinin sağlanması, ortak tesislerin işletilmesi ve idamesi gibi konuların yanında disiplinin korunması görevini de üstlenmiştir (İç Hizmet Yönetmeliği m. 175 – 194). Ancak kışla, konak ve ordugâh komutanı bu görevlerin yerine getirilmesi için emir vermeye yetkili ise de sırf bu sıfatıyla disiplin cezası verme yetkisi yoktur. Kışla, konak ve ordugâh komutanı disipline aykırı fiillere yaptırım uygulanmasını disiplin amirinden isteyebilecektir²⁷⁵.

İç Hizmet Yönetmeliği m. 411/2'ye göre nöbetçi âmiri, kışladaki bütün nöbetçi subay, askerî memur, astsubay ve sivil personel ile erbaş ve erlerin âmiridir. Nöbetçi amirin bu sıfatı nöbetçi olduğu zaman dilimi ile sınırlı olup, mesai saatleri içerisinde sadece nöbetçi personele, mesai saatleri dışında ise kışladaki bütün personele kendisine yüklenen görevlerin yerine getirilmesi için emir verebilir²⁷⁶. Ancak nöbetçi amirin nöbetçi olduğu zamanda disiplin amiri sıfatı bulunmamakta, sadece disipline aykırı fiillerin tespitini yaparak gerekli yerlere iletmek görevi bulunmaktadır.

2) Üst Olmak

Disiplin amiri olabilmek için bulunması gereken diğer bir şart ise, rütbece ve kıdemce büyük olmak yani kıdemli olmaktır. Kıdemli olmak ise TSK Personel Kanunu'nun 3'üncü maddesinde "*Belli bir rütbeye nasıp tarihinden itibaren o rütbede hizmet süreleri veya aynı nasıplılar arasında yeterlik bakımından üstünlük sırasındır.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı nasıplılar arasında yeterlilik bakımında üstün olmak şeklinde gerçekleşecek kıdemli olma durumunda ise, Subay Sicil Yönetmeliğinin 16'ncı

²⁷⁴ Müstakil olarak bir kışla, konak veya ordugahta bulunan bir kıta veya askeri kurumun kumandan veya amiri aynı zamanda bu yerlerin kışla, konak veya ordugah kumandanıdır. Muhtelif birlik ve kurumların bir arada bulunduğu kışla, konak ve ordugahlarda kumandanlık en büyük rütbeli kumandan veya amire aittir. (İç Hizmet Kanunu m. 52)

²⁷⁵ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 88.

²⁷⁶ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 88.

maddesi gereği sicil verilmesi mümkün olmadığı için “disiplin amiri” sıfatına sahip olunmayacaktır.

Bu şartlar göz önüne alındığında, bir amir kendisinden kıdemce ve rütbece büyük olan maiyetine disiplin amiri sıfatıyla disiplin cezası veremez²⁷⁷. Bu durumda disiplin amiri, rütbece ve kıdemce büyük olan ve sicil verme yetkisine sahip olan bir üst amirdir²⁷⁸.

3) Sicil Verme Yetkisine Sahip Olmak

Disiplin cezası verme yetkisi ile sicil verme yetkisini birbirine paralel hale getiren bu şarta göre, maiyetindeki personele sicil mevzuatına göre sicil verme yetkisine sahip olmayan üst konumundaki amir, maiyetinin disiplin amiri konumunda olamayacak ve bu nedenle disiplin cezası veremeyecektir.

Bu şart disiplin cezası verme yetkisini sicil mevzuatındaki şartlara bağlamaktadır. Sicil verme yetkisi de subay sicil yönetmeliği ve astsubay sicil yönetmeliği gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmiştir. Sicil verebilme yetkisi bu mevzuata göre belirlendiğinden disiplin yaptırımı uygulama yetkisi de bir bakıma idarenin düzenleyici işlemine bağlanmıştır.

Bu şart sadece kendisine sicil verilebilecek personel (subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaş) bakımından aranır. Bu kapsamda; erbaş/ere ve askeri öğrencilere disiplin yaptırımı uygulayabilecek amirlerin belirlenmesinde, erbaş ve erlerin ve askeri öğrencilerin sicil almadıkları göz önüne alındığında, bu şart dikkate alınmayacak, amir ve üst olmak, yaptırım uygulanabilmesi için yeterli olacaktır²⁷⁹.

Subay ve astsubay sicil yönetmeliklerine göre (m. 16) sicil belgelerinin düzenleneceği tarihte sicil üstü, açıkta veya tutuklu ise veya sicil üstü maiyetinden kıdemsiz veya onunla aynı nasıplı ise sicil düzenleyemez. Aynı şekilde sicil üstleri

²⁷⁷ Örneğin bir şube müdürünün kendisinden kıdemli bir maiyeti bulunması hâlinde, kıdemli olan maiyetin disiplin amiri şube müdürünün amiri olan daire başkanı olacaktır.

²⁷⁸ Örneğin, K.K.K.lığı Karargâhında şube müdürü olan bir yarbay, bu şubede görevli albay rütbesindeki bir subaya disiplin cezası veremeyecek, bu yetkiyi albay rütbesindeki subayın en yakın disiplin amiri kullanabilecektir. Burada TSK D.K. m. 11 gereği ceza verme yetkisinin disiplin cezası verme şartlarını taşıyan en yakın amir tarafından kullanılması şattır.

²⁷⁹ TSK Disiplin Kanunu Gerekçesi, m. 8.

aralarında sonradan kalksa bile evlilik bağı bulunmuş veya bulunanlar ile kan veya sıhrî usul veya fûru hısımlığı yahut evlat edinme ilişkisi veya üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan veya evlilik kalmasa bile ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) sıhrî civar hısımlığı bulunanlar hakkında sicil düzenleyemezler. Sicil verme yetkisinin bulunmadığı bu durumlarda disiplin cezası verme yetkisi de yoktur²⁸⁰.

Yaptırım uygulama yetkisinin sicil verebilme şartına bağlanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bazı durumlarda disiplin amiri sicil verme yetkisini devretmektedir. Bu durumda söz konusu amirin disiplin amiri olma sıfatı hukuken ortadan kalkmaktadır. Ayrıca sicil verebilmek için asgari 3 ay birlikte çalışmış olma şartı aranmaktadır. Dolayısıyla amir değişikliğini gerektiren 3 aydan kısa süreli görevlendirmeler ve kurslarda, amir değişikliğini gerektiren naklen atamalarda veya göreve yeni başlayan asker kişiye 3 ay süreyle amirin disiplin cezası verme yetkisi bulunmamaktadır.

Bu görüşü, sorunun çözümü için TSK D.K.’nın 8’inci maddesine 03.02.2015 tarihinde 6586 sayılı Kanun’la eklenen 8’inci fıkra da desteklemektedir. TSK D.K.’ya eklenen bu hükme göre “*Amir değişikliğini meydana getiren; bir aydan fazla süreli kurs ile bir aydan fazla üç aydan az süreli geçici görevlendirmelerde disiplin amiri olabilmek için üçüncü fıkranın (c) bendinde düzenlenen sicil verme yetkisinin bulunması şartı aranmaz.*” Yapılan bu düzenleme ile sorun kısmen çözülmekle birlikte 1 aydan kısa süreli amir değişikliğini gerektiren görevlendirme ve kurslarda asker kişiye yeni amiri tarafından disiplin cezası verilemeyecektir.

Bir diğer sorun ise, Subay Sicil Yönetmeliği ve Astsubay Sicil Yönetmeliği madde 6 ve 7 de, birinci, ikinci ve üçüncü sicil üstleri tanımlanmış bunun dışında bir tanımlama yapılmamıştır. Dolayısıyla sicil vermeye sıralı ilk üç amirin yetkili olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu nedenle, disiplin amirleri sıralı ilk üç amir mi olacak yoksa Genelkurmay Başkanına kadar sıralı tüm amirler de disiplin amiri olacak mıdır?

TSK D.K. m. 3/1-g ye göre, üst disiplin amirleri disiplin cezası vermeye yetkili birinci disiplin amirinin kadro ve kuruluş yönünden bağlı bulunduğu ve disiplin cezası vermeye yetkili sıralı amirler olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre

²⁸⁰ AVIALAN, s. 27.

üst disiplin amiri konumunda bulunan amirin disiplin cezası vermek için gerekli diğer şartları (amir ve üst olma ve sicil verebilme) taşıması gerekir. Bu nedenle sıralı amirlerden sicil verme yetkisi bulunmayan amirler üst disiplin amiri olarak kabul edilmemelidir. Dolayısıyla Genelkurmay Başkanı'nın TSK'daki tüm personelin en üst disiplin amiri olduğu, Kuvvet Komutanları'nın ise kendi kuvvetlerindeki tüm personelin üst disiplin amiri oldukları görüşü hukuki dayanaktan yoksundur. Bu sorunun çözümü için TSK D.K.'nın 3'üncü maddesinde 03.02.2015 tarihinde 6586 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış, üst disiplin amiri tanımı yeniden yapılmıştır. Buna göre “*Üst disiplin amirleri: Disiplin amirinin kadro ve kuruluş yönünden bağlı bulunduğu ve disiplin cezası verilecek personelden rütbe veya kıdemce büyük olan yetkili sıralı tüm amirleri*” ifade eder. Üst disiplin amiri olmak için sicil verebilme şartını kaldıran (kaldırmaya çalışan) bu düzenleme TSK D.K.'nın asker kişiyi koruma amacına ve kanunun sistematığına aykırı bir düzenleme olup bu sorunu çözmekten uzak bir düzenlemedir.

TSK'da en üst amir konumunda bulunan Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanlıklarında en üst amir konumunda bulunan Kuvvet Komutanlarının askeri disiplinin muhafazası gereği disiplin yaptırımını uygulama yetkisi bulunması gerekli ve hatta zorunludur. Ancak bu yetkiye yorum yoluyla ulaşmak yerine bu yönde açık yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Yaptırım kararı alma yetkisi konusunda yukarıda bahsedilen sorunların çözümünde, sicil verme şartının fiilen sicil verebilme olarak anlaşılmayıp “amirin sicil verebilme liyakatine sahip olması” ve sicil verebilmek için aranan 3 ay birlikte çalışmış olma şartının “sicilin fiilen verilebilmesi için aranan süre şartı” olarak anlaşılması²⁸¹, dolayısıyla yetki unsuru bakımından genişletici yorum yapılması mümkün değildir. Nitekim yetki kamu düzenindendir ve istisnaidir. Niteliği dolayısıyla yetki kuralları genişletici yoruma tabi tutulamaz²⁸². Danıştay, bir kararında, disiplin cezaları ile bunları vermeye yetkili organ, makam ve kamu görevlilerinin açıkça belirlenmesinin disiplin hukukunun temel ilkesi olduğunu belirtmiştir²⁸³.

²⁸¹ AVIALAN, s. 28-29.

²⁸² GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 379.

²⁸³ “Konu, yer ve zaman itibarıyla yasa ve yönetmeliklerle belli organ, makam ve kamu görevlilerine tanınan yetkinin suçun birlikte işlendiği öne sürülerek başka makamlarca kullanılması sonucunu

b. Üst Disiplin Amirlerinin Disiplin Yaptırımı Kararı Alma Yetkisi

1) Üst Disiplin Amirlerinin İstisnai Olan Yaptırım Kararı Alma Yetkisi

Disiplin amiri kavramı ilk disiplin amirini ifade eder. Üst disiplin amirleri kavramı ise TSK D.K.da “*Disiplin amirinin kadro ve kuruluş yönünden bağlı bulunduğu ve disiplin cezası verilecek personelden rütbe veya kıdemce büyük olan yetkili sıralı tüm amirler*” şeklinde tanımlanmıştır.

TSK D.K.’ya göre genel kural, disiplin cezasını vermeye ilk disiplin amirinin yetkili olmasıdır. Ancak kanunda belirtilen bazı istisnai durumlarda üst disiplin amirleri de disiplin cezası verebilecektir. Bu istisnai haller TSK D.K. m. 9’da sayılmıştır. Ancak bundan önce, üst disiplin amiri olabilmek için de Kanun’un 8’inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki şartların taşınması gerekmektedir. Aksi hâlde, örneğin sicil verme yetkisi olmayan üst amirlerin “üst disiplin amiri” olma yetkisi de bulunmayacak, 9’uncu maddede sayılan hallerden biri gerçekleşse bile yaptırım uygulayamayacaktır.

Üst disiplin amirinin ceza verebileceği istisnai durumlar TSK D.K. m. 9/1’de sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre; disiplinsizlik, daha ağır bir disiplin cezası verilmesi amacıyla kendisine iletilmiş²⁸⁴ veya kendisi tarafından buna gerek görülmüşse²⁸⁵, üst disiplin amiri disiplinsizliğe bizzat şahit olmuşsa²⁸⁶, disiplinsizlik,

doğuracak şekilde idarece genişletici bir biçimde yorumlanıp uygulanması da mümkün değildir.” DİDDGK, E. 989/8, K. 986/21, K.T. 28.03.1986, DD, S. 64-65, s. 78, (Nakleden: GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 379).

²⁸⁴ TSK D.K. EK-1 sayılı çizelgede verilebilecek cezanın miktarı rütbeye göre değişiklik gösterdiği için disiplin amiri rütbesi gereği verebileceği cezanın düşük olduğunu düşünüyor ise cezanın verilmesini üst disiplin amirinden isteyebilecek, üst disiplin amiri ise burada ceza miktarını arttırmak suretiyle disiplin cezası verebilecektir. Disiplin amiri de personele daha fazla ceza verilmesi amacıyla, soruşturmayı kendisi yaparak veya yaptırarak, silsileler yolunu takip ederek daha ağır ceza verilebilecek durumlarda üst disiplin amirine başvurabilecektir.

²⁸⁵ Üst disiplin amirlerinin ceza verme yetkisini istisnai hale getirip asker kişinin mesleki güvenliğini sağlayan TSK D.K.’nın “kendisi tarafından buna gerek görülmüşse” hükmü (m. 9/1-a) bu istisnai yetkiyi genel yetki haline getirmekte, TSK D.K. ile getirilen güvenceli sistemi ortadan kaldırmaktadır. “Gerekli görmek” ölçütünün belirsiz ve sübjektif niteliği bu yetkinin keyfi kullanımına kapı aralayacak niteliktedir.

²⁸⁶ Bu durumda disiplinsizliğin ihbar veya şikâyet yoluyla ilk önce üst disiplin amiri tarafından öğrenilmiş olması değil, disiplinsizliğin oluşumuna üst disiplin amirinin bizzat şahitlik etmesi, yani görmesi, duyması kastedilmiştir. İhbar veya şikâyetin yapıldığı üst disiplin amiri bunları disiplin amirine göndermekle sorumludur.

üst disiplin amirinin resmî saygınlığına ve makamına karşı işlenmişse²⁸⁷, disiplin cezasının verilmesinde adalet ve eşit ceza uygulamasının sağlanması amacıyla, disiplinsizlik üst disiplin amirinin emri altında bulunan çeşitli kıta, karargâh ve kurumlara bağlı birden fazla kişi tarafından işlenmişse ve TSK D.K.'ya göre cezalandırılması zorunlu olan bir disiplinsizlik²⁸⁸, bilinmesine rağmen kendinden önceki disiplin amirleri tarafından cezasız bırakılmışsa bu hallerde üst disiplin amirlerinin doğrudan disiplin soruşturması açması ve disiplin cezası vermeleri mümkündür.

TSK D.K.'nın 9'uncu maddesindeki şartların gerçekleşmesi durumunda, üst disiplin amirlerinin ceza verme yetkisi doğmakla birlikte üst disiplin amirlerinin bu yetkilerini kullanması zorunlu olmayıp bu konuda takdir yetkileri bulunmaktadır.²⁸⁹ Ancak sadece burada sınırlı olarak belirtilen durumlarda üst disiplin amirleri disiplin cezası verebilecek, bunun dışındaki hallerde üst disiplin amirleri ceza verme yetkisine sahip olmayacaktır. Bu maddede sayılan hususlardan birinin gerçekleşmesi durumunda üst disiplin amirlerinin yanında disiplin amirinin ceza verme yetkisi ortadan kalkmamakta, disiplin cezası verme yetkisini kullanma önceliği üst disiplin amirine geçmekte, üst disiplin amirinin bu yetkisini kullanmaması durumunda ise disiplin amiri disiplin cezası verebilecektir. Fakat üst disiplin amirlerinin bu yetkisini kullanması durumunda disiplin amirinin yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Disiplin amirinin yaptırım uygulama yetkisini kullanabileceği durumlarda üst disiplin amirinin bu yetkiyi doğrudan kullanması uygulanan yaptırımı yetki tecavüzü nedeniyle hukuka aykırı hale getirecektir. Örneğin soruşturma dosyası disiplin amiri tarafından kendisine sevk edilmeden üst disiplin amiri TSK D.K. madde 9/1 – a

²⁸⁷ Bu durumda yaptırım uygulanmasının tarafsızlık ilkesi ile çelişeceğine ilişkin değerlendirme ileride ayrıca yapılacaktır.

²⁸⁸ TSK D.K.'ya göre, subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erler bakımından aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi; erbaş ve erler bakımından ise oda hapsi ve hizmetten men cezası şartlarının oluşması durumunda verilmesi zorunlu olan cezalardan olduğu için sadece bu cezaların uygulanmaması durumunda üst disiplin amiri ceza verme yetkisini kendisi bizzat kullanabilecektir. Bunun dışında subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erlere disiplin amirleri tarafından verilebilecek olan uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları (m.14) ile erbaş ve erler bakımından izinsizlik ve ilave hizmet yükleme cezaları (m.27) bakımından disiplin amirinin bu cezaları vermeme konusunda takdir yetkisi bulunduğu için, bu cezaların uygulanmaması nedeniyle üst disiplin amirleri disiplin cezası verme yetkisine sahip olmayacaktır. DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 155.

²⁸⁹ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 155.

gereği asker kişiye daha fazla ceza verilmesini gerekli görüp ceza verme yetkisini kullanmış ancak disiplin amirinin verebileceği miktarda bir ceza vermiş ise, bu ceza yetki tecavüzü nedeniyle hukuka aykırı hale gelecektir.

2) Tarafsızlık İlkesi Açısından Üst Disiplin Amirlerinin Yaptırım Kararı Alma Yetkisi ve Disiplin Kurulu Üyeleri

Yargılama işlevi açısından hukukun genel ilkelerinden olan “hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı ilkesi” günümüzde devlet yönetiminin temel dayanaklarından biri olarak da kabul edilmektedir. Yargılama işlevinin kullanılmasında ve devlet yönetiminde tarafsızlığın sağlanmasına hizmet eden bu ilke disiplin cezalarının verilmesi sürecinde de tarafsızlığın sağlanması amacıyla uygulama alanı bulmalıdır.

Disiplin amir ve kurullarının tarafsızlığına güvenilmesi için, yalnızca bu kişilerin tarafsız olduğunu ya da olmaları gerektiğini söylemek yetmez; özellikle kişilerarası ilişkilere yönelik disiplin suçlarında bu kişilerin hem gerçekten tarafsız kişiler olmalarını, hem de tarafsızlıklarından kuşku dahi duyulmamasını sağlamak gerekir. Bunun yollarından birisi de, karar verecek olan disiplin amirlerinin ve disiplin kurulu üyelerinin disiplinsizlik ile ilgili kişiler olmaması, olaya ve taraflara yabancı kişiler olmasıdır. Diğer bir ifadeyle disiplinsizlik teşkil eden davranış doğrudan veya dolaylı olarak disiplin cezasına karar verecek olan disiplin amirleri ve disiplin kuruluna katılacak olan üyelere karşı işlenmiş olmamalı ve karar verecek kişi ile disipline aykırı fiili işleyen kişi arasında özel bir yakınlığın bulunmaması gerekir. Çünkü böyle bir durumda disiplin cezasına karar verecek olan disiplin amiri veya disiplin kurulunda oy kullanacak olan üye kişisel duygularının, görüşlerinin ve önyargılarının etkisinde kalacak, artık olaya ve taraflara yabancı bir kişi olmaktan çıkacak ve tarafsızlık ilkesi zedeleneyecektir.

Danıştay, aynı olay nedeniyle hakkında disiplin soruşturması açılan dekan tarafından verilmesi gereken disiplin cezasının, objektif ve tarafsız olunamayacağı gerekçesi ile rektör tarafından verilmesi durumunda yetki unsurunda sakatlık nedeniyle işlemi iptal eden ilk derece mahkemesinin kararını, “*Aynı olay nedeniyle hakkında disiplin soruşturması açılan dekan tarafından davacının disiplin amiri*

sıfatıyla davacı hakkındaki disiplin soruşturmasını karara bağlaması objektif ve tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmayacağı açık olduğundan, işlemin rektörlük tarafından tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır” gerekçesi bozmuştur²⁹⁰.

Ancak Danıştay’ın bir diğer kararına göre ise, “Yargıçların kişisel yansızlığı ile diğer kamu görevlilerinin kişisel yansızlığını birbirine karıştırmamak gerekir. Yargıç yansızlığı yasalarla özel olarak düzenlenmiştir. Diğer kamu görevlileri için böyle bir düzenleme söz konusu değildir. O halde yargıçlar ve yargıçlara benzer durumda bulunanların dışında kalan kamu görevlilerinin yaptıkları işlemlerin kişisel olarak yansız olup olmadığına göre değil yaptıkları işlemlerin yasa, tüzük, yönetmelik ve hukuk kurallarına uygun olup olmadıkları yönünden denetlemek gerekir.”²⁹¹

Danıştay’ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Yargılama işlevini kullanan yargıç olaylara ve taraflara yabancı bir kişi olmalı, tarafsız olmalıdır. Yargıç önündeki sorunları her türlü kişisel istek, duygu ve önyargıdan sıyrılarak açık bir zihinle ele almalı ve bunlara sadece hukuk kuralları içerisinde bir çözüm bulmalıdır²⁹². Disiplin amir ve kurullarınca nitelik olarak yargısal işlemler tesis edilmese de, yargısal usuller kullanılarak personele disiplin cezası verilmekte, maddi anlamda yargılama faaliyeti kullanılmaktadır. Bu nedenle disiplin amir ve kurulları da, tıpkı yargıçlar gibi tarafsız olmalı, disiplin cezası verilirken hiç kimseyi kayırmamalı, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemeli, duygularına kapılmamalı, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında kalmamalıdır²⁹³.

Disiplin Kanunu m. 9-1/c ile üst disiplin amirlerine, “disiplinsizliğin resmî saygınlığına ve makamına karşı işlenmesi durumunda” doğrudan disiplin cezası verebilme yetkisi tanınmıştır. Disiplin Kanunu’nun 13’üncü maddesinde ve Türk Silahlı Kuvvetleri Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği’nde yüksek disiplin

²⁹⁰ D8D., E. 2011/7200, K. 2011/6665, K.T. 13.12.2011, Kazancı; “Bu durumda davacı ile aralarında önceden geçen olaylar nedeniyle disiplin amiri olan Başhekimin soruşturma yapması ve disiplin amiri sıfatıyla disiplin cezası vermesi işleminde disiplin soruşturmasının en önemli ilkelerinden olan tarafsızlık ilkesine uyarlık görülmemiştir.” D12D., E. 2003/1342, K. 2006/1440, K.T. 14.04.2006, Kazancı.

²⁹¹ D8D., E. 1991/1310, K. 1992/215, K.T. 10.02.1992, Kazancı.

²⁹² Merih ÖDEN, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 63.

²⁹³ ÖDEN, s. 62.

kurullarının hangi üyelerden oluşacağı düzenlenmiş, bunun yanında bu üyelerin disipline aykırı eylemin tarafı olmaları durumunda ise, bu kurula katılmalarını veya oy kullanmalarını engelleyen bir düzenleme yapılmamıştır. Disipline aykırı eylemin disiplin amirinin, üst disiplin amirinin veya yüksek disiplin kurulu üyelerinden birinin “resmi saygınlığına ve makamına karşı işlenmesi durumunda” bu kişilerin doğrudan ceza vermeleri veya yüksek disiplin kurulunda oy kullanmaları tarafsızlık ilkesine ve hukukun genel ilkelerinden olan kimsenin kendi davasının yargıci olamayacağı ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle disiplinsizliğin doğrudan disiplin amirlerinin kişiliğine karşı işlenmesi halinde disiplin amirleri tarafsızlık ilkesi gereği yaptırım uygulama yetkisini kullanmamalı ve bir üst disiplin amirinden yaptırım uygulaması talebinde bulunmalıdır.

Ayrıca AIHM’in Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya kararı dikkate alındığında adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler disiplin cezalarının yargısal denetiminde mahkemelerce dikkate alınacaktır. Maddi cebir içeren bir disiplin yaptırımı kararının olaya yabancı olmayan, tarafsızlığı sorgulanabilecek bir makam tarafından alınması, adil yargılanma hakkı da dikkate alındığında, işlemi sakatlayacak ve iptali sonucunu doğurabilecektir.

c. Hakkında Disiplin Yaptırımı Kararı Alınabilecek Asker Kişiler

TSK D.K. subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve erler, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler hakkında uygulanacaktır. Sözleşmeli subaylar ve astsubaylar 4678 sayılı Kanun’un 22’nci maddesi uyarınca emsallerine ilişkin disiplin ve ceza hükümlerine tabi olduğundan, TSK D.K. kapsamında haklarında disiplin yaptırımı uygulama yoluna gidilebilir. Sözleşmeli er adayları 6191 sayılı kanunun 4’üncü maddesine göre asker kişi sayıldıklarından TSK D.K. kapsamındadırlar²⁹⁴.

6413 sayılı TSK D.K.’dan önceki sistemde disiplin hukukuna ilişkin mevzuatın bir kısmı TSK’da görevli devlet memuru statüsündeki personele uygulanabilir iken, yeni düzenlemede memur statüsündeki personel TSK D.K. kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu nedenle, TSK’da görev yapan memurlara disiplin

²⁹⁴ DEĞİRMENCI/TANRIVERDİ, s.73.

amirleri tarafından TSK D.K. hükümlerine göre herhangi bir işlem yapılamayacaktır. Bu personele disiplin hukuku bakımından 657 sayılı Yasanın 124-136'ncı maddelerine göre işlem yürütülecektir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde işçi statüsünde çalışan personele de daha önceden olduğu gibi kendi özel kanunları ve toplu iş sözleşmesindeki hükümlere göre disiplin işlemleri yapılabilecektir.

Askeri hâkimler hakkında ise, hangi kadroda görevli oldukları önemli olmaksızın (mahkemeler, adli müşavirlik, disiplin subaylığı vb.) TSK D.K. uygulanmayacaktır. Askeri hâkim statüsündeki personele 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu hükümlerine göre işlem tesis edilecektir. Bu personele ceza vermeye yetkili makam Milli Savunma Bakanı olup verilen cezalara karşı yargı yolu kapalıdır. Ancak AYM Askeri Hâkimlere Milli Savunma Bakanı tarafından disiplin cezası verilmesini ve bu cezaların yargısal denetime kapalı olmasını mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırılıktan dolayı iptal etmiştir²⁹⁵. Karar yürürlüğe girdiğinde, Askeri hâkimlere yasama organınca düzenleme yapılınca kadar disiplin cezası verilemeyecektir.

Üzerinde durulması gereken bir konu da, asker kişi statüsünde iken işlenen bir disiplinsizliğin bu statü sona erdikten sonra (emeklilik, istifa vb.), zamanaşımı koşulu ihlal edilmemek şartıyla, disiplin soruşturmasına konu edilip edilmeyeceği hususudur. DMK'da olduğu gibi TSK D.K.'da da bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. DMK açısından ortaya konulan bir görüşe göre, memur statüsünde olunmasa bile soruşturmaya devam edilmeli, savunma alınmalı, itiraz imkânı sağlanmalı, soruşturma tamamlanıp disiplin yaptırımı kararı alınmalı, alınan yaptırım kararı sicil dosyasında saklanarak kişi DMK m. 92, 93'den yararlanmak suretiyle daha sonra tekrar memuriyete dönmek isterse daha önce verilen disiplin yaptırımı kendisine uygulanmalıdır.²⁹⁶ Ancak TSK ile ilişkisi kesilen asker kişilerin DMK'da

²⁹⁵ "Askeri hâkimler hakkında disiplin cezası verme yetkisinin yürütme organının üyesi olan Milli Savunma Bakanına ait olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu cezalara karşı yargı yolunun kapalı olması, hâkimin yürütme organına karşı kendisini güvencesiz hissetmesine neden olabileceği gibi yargılamanın taraflarında da askeri hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabilir." AYM, E. 2013/82, K. 2014/100, K.T. 04.06.2014, RG: 17.09.2014-29122.

²⁹⁶ Oğuz SANCAKDAR, **İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı)**, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ekim 2012, s. 479; IRMAK, s. 182. "... Verilen disiplin cezasının uygulanmasına gelince; cezanın niteliğine göre uygulanma olanağı varsa uygulanır. Fiilen uygulama olanağı yok ise karar, o kişinin sicil dosyasına muhafaza edilir. Kaldı ki, 657 sayılı Yasanın 92 ve 93. maddelerinde istifa ederek yeniden memuriyete

olduğu gibi yeniden atanmaları veya yeniden hizmete alınmaları mümkün değildir. Bu nedenle disiplinsizliği statüde iken işleyen asker kişi hakkında statüsünü kaybettikten sonra yaptırım kararı alınması mümkün değildir. Almanya örneğinde disiplin yoluyla kişilerin emeklilik haklarına müdahale edilebilmekte, emekliyken yapılan bazı davranışlara da disiplin yaptırımı uygulanabilmektedir (emekli maaşından ıskat, emekli maaşının kesilmesi)²⁹⁷. Ancak Türk hukukunda böyle bir usul bulunmamaktadır. Özellikle ayırma cezaları bakımından, fiilin işlendiği anda asker kişi (kamu görevlisi) statüsü bulursa da, emekli olduğu andan itibaren daha önce soruşturma başlatılmış olsa bile disiplin yoluyla TSK'dan ayırma yaptırımının uygulanması mümkün değildir²⁹⁸. Nitekim Danıştay, disiplin cezasının tesis edildiği tarihte öğrenci sıfatı taşımayan davacı hakkında tesis edilen disiplin cezasını, mezuniyet sonucunda öğrenci sıfatının bulunmaması gerekçesiyle iptal eden yerel mahkeme kararını onamıştır²⁹⁹.

d. Disiplin Yaptırımı Kararı Alma Yetkisinin Devri Yasağı

Kamu düzeninden olan yetki, kanun koyucu tarafından hangi makama verilmiş ise ancak o makam tarafından o ölçüde kullanılabilir. Kamu görevlisine kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla görev olarak verilen yetki³⁰⁰ kanunun açık izni ile devredilebilir³⁰¹. Ancak idari vesayet yetkisi, düzenleyici işlem yapma yetkisi ve disiplin cezası verme yetkisi gibi “münhasır yetkiler” devredilemez niteliktedir³⁰².

Bazı yazarlara göre disiplin cezası verme konusunda amirlere verilen yetki “bağlı yetki” olup amirin bu yetkisini başkasına devretmesi mümkün değildir³⁰³.

giren kişi hakkında böyle bir durum var ise, uygulama da o zaman mümkün olabilecektir.” D3D., E. 1977/47, K. 1977/42, K.T. 27.01.1977, (Nakleden: ATAY, s. 881).

²⁹⁷ ÇINARLI, s. 53.

²⁹⁸ “AB. Almanya ve Fransa uygulamasından farklı olarak ülkemizde memurun emeklilik haklarına disiplin yoluyla dokunulmamaktadır.” SANCAKDAR, İdare Hukuku, s. 479.

²⁹⁹ D8D., E. 2009/1802, K. 2011/6446, K.T. 07.12.2011, (Nakleden: ÇAKMAK, s. 49).

³⁰⁰ GÖZLER, 2013, s. 306.

³⁰¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, C. I, 2013, s. 379; *Kamu hukuku ilkelerine göre yetki bir kamu düzeni sorunu olup kanun koyucu tarafından kime verilmişse ancak onun tarafından o ölçüde kullanılabilir. Yine kanunun açık izni olmadıkça yetkili merci bu yetkisini devredemez.”* D6D, E. 90/118, K. 91/1120, K.T. 14.05.1991, DD, 1992, S. 84-85, s. 408; (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 74).

³⁰² SANCAKDAR, İdare Hukuku, s. 144.

³⁰³ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 74; DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 143; *“Disiplin cezası verme yetkisi “bağlı yetki” şeklindedir. Dolayısıyla amirin bu yetkisini başkasına devretmesi mümkün*

İdare hukukunda, belli sebeplerin ortaya çıkması durumunda belirli kararların alınmasının zorunlu olduğu durumları ifade eden bağlı yetki³⁰⁴ kavramı teknik bir kavram olup, bir yetkinin sadece mevzuat tarafından belirlenen makamlarca kullanılmasının zorunlu olması ve başkasına devredilememesi durumunu ifade etmek için kullanılamaz. Bu nedenle disiplin cezası verme yetkisinin devredilememesi hususu “bağlı yetki” kavramıyla değil “münhasır yetki” kavramıyla ifade edilmelidir.

Danıştay, disiplin cezası verme yetkisini, bakanın müsteşarına devretmesini, genel müdürün genel müdür yardımcısına devretmesini, belediye başkanının belediye başkan yardımcısına devretmesini “yetki” unsuru bakımından hukuka aykırı bulmuştur³⁰⁵. “657 sayılı Yasanın, disiplin amiri sıfatıyla bakana tanıdığı disiplin cezası verme yetkisi devredileme(z).”³⁰⁶

Asker Ceza Kanunu madde 172 ile disiplin amirine vekâlet edenlerin disiplin cezası verebileceğini düzenleyen hüküm “vekil asil gibidir” ilkesi dikkate alınarak düzenlenmiştir³⁰⁷. Ancak TSK D.K. ile bu düzenleme mülga edilmiştir. TSK D.K.’da ise “yetkilendirmeyi esas alan amirlik” (TSK D.K. madde 3/1 – a) düzenlemesi ile, disiplin amirine vekâlet edilen durumlarda amir sıfatı kazanılacaktır. Amire vekâlet etme ve geçici görevlendirme ile amir olma durumlarında, disiplin amiri olmak için aranan üst olma ve sicil verebilme şartları da sağlanır ise, vekâlet eden veya geçici olarak görevlendirilen amir, disiplin amiri olarak yaptırım kararı alabilecektir. Disiplin amirinin vekâleten atandığı veya görevlendirildiği kadronun rütbesi kendi rütbesinden daha üst olması durumunda, disiplin amiri vekâleten atandığı veya görevlendirildiği kadro karşılığı rütbenin ceza verme yetkisini kullanacaktır. Ayrıca TSK D.K. m. 8/8’e göre, amir değişikliğini meydana getiren; bir aydan fazla süreli kurs ile bir aydan fazla üç aydan az süreli geçici görevlendirmelerde disiplin amiri olabilmek için sicil verme yetkisinin bulunması şartı aranmayacaktır.

değildir.” Şafak BAŞA/Metin Yılmaz, **Maddi Ceza Hukuku İle Ceza Yargılama Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanıp Uygulanmayacağı; Bu Konuda Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Yolları**, İçişleri Bakanlığı İnceleme - Araştırma Raporu, www.mulkiyeteftis.gov.tr, E.T. 04.15.2014. s. 74.

³⁰⁴ GÖZLER, 2013, s. 353.

³⁰⁵ BAŞA/YILMAZ, s. 74.

³⁰⁶ D1D., E. 1984/72, K. 1984/155, K.T. 05.07.1984, (Nakleden: BAŞA/YILMAZ, s. 74).

³⁰⁷ YILDIRIM, Türk Askeri Disiplin Hukuku, s. 23.

B. ŞEKİL UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Bir idari işlemin yapılışında izlenen yollar anlamına gelen usul kuralları³⁰⁸, disiplin yaptırımı uygulama iradesinin açıklanmadan önce geçmek zorunda olduğu hazırlık sürecini ifade etmektedir. Hazırlık sürecinde yapılması gereken ve asker kişinin menfaatlerini de koruyacak, idarenin de hukuka aykırı işlem tesis etmesini önleyecek en önemli usul kuralları, disiplin soruşturması ve asker kişiye savunma hakkı tanınması usulüdür. Bunun yanında özellikle disiplin yaptırımı uygulama kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu da asker kişileri koruyacak önemli usul kurallarındandır.

Adil yargılanma hakkı, mahkemeler tarafından yerine getirilen “yargılama” işlevine hâkim olan en temel insan haklarından birisidir. Kendisine disiplin yaptırımı uygulanan kamu görevlisi adil yargılanma hakkının getirdiği hukuki korumadan faydalanabilecektir. Ulusoy’a göre disiplin cezası da olsa AİHM’in öngördüğü kriterlere göre cezalandırma amacı bulunan idari yaptırımlar (disiplin cezaları) AİHS’in 6 ve 13’üncü maddelerindeki adil yargılanma hakkının öngördüğü hukuki güvencelerden yararlanacaktır³⁰⁹.

Danıştay DDK, disiplin hukukuna ilişkin bir kararında, adil yargılanma hakkına ve bu hak kapsamında bulunan silahların eşitliği ilkesine dayanarak, soruşturma raporunun incelenmesi ve işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varmıştır³¹⁰. Danıştay 12.D. tarafından 2006 yılında verilen bir kararda ise, kişinin savunma hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin iddiası adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri bakımından ayrıntısıyla

³⁰⁸ GÖZLER, 2013, s. 331.

³⁰⁹ ULUSOY, s. 41.

³¹⁰ “...adil yargılanma hakkı, 2577 sayılı Yasa’nın 20. maddesi ve bu maddede yapılan değişiklik birlikte değerlendirildiğinde, maddede öngörülen istisnai durum haricinde davacılara işlemin dayanağı olan her türlü bilgi ve belgeye ulaşabilme ve bu belgeleri inceleyebilme olanağının tanınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle **adil yargılanma hakkını** kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkânsızdır.” DİDDGK, E. 2005/3292, K. 2008/1633, K.T. 12.06.2008, (Nakleden: BAŞA/YILMAZ, s. 36).

incelenmiş ve yapılan işlem Anayasanın 36'ncı maddesi de dayanak alınarak iptal edilmiştir³¹¹.

AİHM'nin "Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya"³¹² davasındaki yeni yaklaşımına göre, Mahkeme önünde, 6. maddenin korumasından mahrum bırakmak amacıyla devletin, bir başvuranın memur statüsünü öne sürebilmesi için, iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk olarak, ilgili devletin iç hukuku, söz konusu görev ya da çalışan kategorisi için, "mahkemeye erişimi yasaklamış" olmalıdır. İkinci olarak, bu aykırılık, "devletin çıkarına bağlı tarafsız gerekçelere" dayanmalıdır. İlginin sadece kamu gücünün kullanılmasına ilişkin bir hizmet veriyor olması ya da sadece böyle bir sektörde çalışıyor olması belirleyici olmayacaktır.

Eskelinen kararı ile ortaya konulan yeni kriterler dikkate alındığında, yargısal denetime açık olan disiplin yaptırımı kararlarının alınması usulünde idarenin adil yargılanma hakkı (savunma alma, soruşturma yapma zorunluluğu vb.) ve bu hakkın içeriğine dâhil olan diğer unsurlara uyarak yaptırım kararı alması şarttır. Zira bu yaptırımların yargısal denetiminde adil yargılanma hakkına aykırı uygulamalar işlemin iptaline neden olabilecektir.

1. Disiplin Soruşturması Usulü

Disipline aykırı bir fiilin kesin delillerle işlendiği sonucuna varılarak yaptırım uygulama aşamasına gelinmesi, bu konuda yapılacak bir disiplin soruşturmasıyla mümkün olacaktır³¹³. TSK D.K. ile kişiler lehine getirilen en önemli güvence disiplin soruşturması müessesesidir³¹⁴. Hukukun evrensel ilkesi olup adil yargılanma hakkının da bir gereği olan "soruşturma yapmadan ceza verilemeyeceği ilkesi", açık

³¹¹ D12D., E. 2005/6353, K. 2006/540, K.T. 22.02.2006, Kazancı.

³¹² Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası, B.N. 63235/00, K.T. 19.04.2007, http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/eskelinen.pdf, E.T. 25.05.2014.

³¹³ D8D, E. 2010/4870, K. 2012/5019, K.T. 13.6.2012, Kazancı.

³¹⁴ TSK D.K.'dan önce uygulanmakta olan 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu'nda geçen "soruşturma" ve "disiplin hazırlık soruşturması" sadece disiplin mahkemeleri tarafından cezalandırılacak olan disiplin suçları için öngörülmüştü. Disiplin amirleri tarafından disiplin tecavüzleri ve disiplin kabahatleri nedeniyle verilebilecek disiplin cezaları öncesinde, her ne kadar uygulamada savunma alınması, tutanak tutma gibi soruşturma kapsamına girecek uygulamalar yapılsa da, soruşturma gibi bir müesseseye yasal olarak yer verilmemiştir.

yasal düzenleme bulunmasa bile idari makamlar tarafından yerine getirilmesi zorunlu bir usuldür³¹⁵. Disiplin amirlerinin hukuka uygun karar vermesini de sağlayacak disiplin soruşturması, ceza hukukundaki maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin ve bunun gereklerinin disiplin hukukuna uyarlanmasıdır. Nitekim Danıştay disiplin soruşturması kapsamında yeterli araştırma ve inceleme yapılmaması durumunda verilen yaptırım kararını hukuka aykırı görüp iptal etmektedir³¹⁶. Bu kapsamda disiplin soruşturması kapsamında sadece asker kişinin aleyhine olan hususlar araştırılmayıp lehine olan tüm bilgi, belge ve delillerin de araştırılması gerekir³¹⁷.

Disiplin soruşturması idari yaptırım uygulama kararının hazırlayıcı işlemi niteliğinde olduğundan tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Bu nedenle kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde olmadığından disiplin soruşturması işleminin iptal davasına konu edilmesi de mümkün değildir³¹⁸. Nitekim AYİM’de disiplin soruşturması işlemine karşı açılan iptal davasında bu işlemi “*disiplin amirinin idari veya cezai mahiyette bir karar almasına ilişkin süreçte gerçekleşen bir hazırlık işlemi*” olarak nitelendirmiş ve ortada kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir³¹⁹.

Uygulamada TSK D.K. madde 30/1’e dayanılarak disiplin soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgeler kişinin özlük dosyasında saklanmaktadır. Asker kişi hakkında yapılan disiplin soruşturması sonucunda yaptırım uygulanmasına gerek görülmemiş ise, özlük dosyasındaki soruşturma bilgilerine dayanılarak idari işlem tesis edilmesi (düşük sicil puanı verme gibi) hukuka aykırı olacaktır³²⁰. Asker kişi hakkında olumsuz kanaat edinilmesinin önlenmesi amacıyla, disiplin soruşturması sonucunda

³¹⁵ ULUSOY, s. 57.

³¹⁶ Bir yükseköğretim öğrencisine verilen disiplin cezası “*Bu durumda, yeterli saptamalar, boyutlu değerlendirmeler içermeyen soruşturmaya dayanan işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı*” gerekçesiyle bozulmuştur. D8D, 09.07.2007, E.2007/1386, K. 2007/4360, DBM.

³¹⁷ “*Bu bakımdan, soruşturmacıların, soruşturmayı yürütürken yanlı, kasıtlı veya görev gereklerine aykırı davranmadıkları sürece, soruşturma sırasında elde ettikleri delillere göre oluşan görüşleri nedeniyle sorumlu tutulmasının hukuken kabul edilebilir olmadığı açıktır.*” D8D., E. 2010/4870, K. 2012/5019, K.T. 13.06.2012, DD, Y. 2012, S. 131.

³¹⁸ SANCAKDAR, İdare Hukuku, s. 478.

³¹⁹ AYİM, 3.D., E. 2004/959, K. 2005/409, K.T. 17.03.2005, www.msb.gov.tr, E.T. 01.02.2015; Aynı yönde bkz: D8D, E. 2010/4870, K. 2012/5019, K.T. 13.06.2012, Kazancı.

³²⁰ “*Hakkında açılan disiplin soruşturması sonucunda herhangi bir disiplin cezasına gerek görülmeyen hallerin olumsuz sicile dayanak alınmasında hukuka uyarlık bulunmadığı...*” D8D., E. 2002/3973, K. 2003/2283, K.T. 15.05.2003, Kazancı.

yaptırım uygulama kararı alınmaması durumunda, bu soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler asker kişinin özlük dosyasında muhafaza edilmemelidir. Çünkü TSK D.K. m. 30/1, sadece “disiplin cezalarının” özlük dosyasında muhafaza edileceğini düzenlemiştir.

Disiplin soruşturması usulü yaptırım kararı alınması için getirilen özel bir usul olup iddia edilen disiplinsizliği işleyen kişinin tam olarak belli olmadığı ya da iddiaların somut ve ciddi bulgulara dayanmadığı durumlarda ön inceleme (idari tahkikat) yapılmalıdır³²¹. Ayrıca disiplin cezasının yeterli ve inandırıcı delillere dayandırılması için, söz konusu fiil hakkında ayrıca adli soruşturma da başlatılmış ise, disiplin soruşturmacılarının adli soruşturmanın gizliliğini ve masumiyet karinesini ihlal etmeden adli soruşturma dosyasından bilgi belge alabilecektir. Nitekim Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan “Soruşturmanın Gizliliği ve Basın Sözcülüğü” başlıklı 153 nolu Genelgeye göre³²², *“Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek ve gizlilik ilkesine sadık kalınmak kaydıyla, kamu görevlileri hakkındaki ön inceleme ve idari nitelikteki soruşturmalarda sürelerin kısalığı dikkate alınarak, görevli müfettiş veya muhakkiklerin talep etmeleri hâlinde, başka yolla temini mümkün olmayan delillerin birer örneğinin dizi pusulasına bağlanarak verilmesi”* mümkündür.

Disiplin soruşturması raporu yaptırım uygulama kararı verilmeden önce düzenlenmeli, yaptırım kararı bu rapor üzerine inşa edilmelidir. Danıştay, yaptırım uygulama kararından sonra, davanın temyiz aşamasında hazırlanan soruşturma raporunu işlemin hukuki sebebi olarak kabul etmemiş, söz konusu işlemi iptal etmenin yanında şartları varsa bu rapora dayanılarak yeni bir işlem tesis edilebileceğine karar vermiştir³²³.

³²¹ **Disiplin soruşturması ve yetkiler**

MADDE 7 – (1) Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil edebilecek bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri, olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirirse, yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla ya da şahsen disiplin soruşturması yapar.

³²² Genelge No: 153, Tarih: 20.02.2015, Sayı: 19120602-010-06-02-0479-2014-405, http://www.adalet.gov.tr/Genelgeler/genelge_pdf/cigm_153.pdf. E.T. 28.02.2015.

³²³ D5D., E. 2012/2852, K. 2013/507, K.T. 30.01.2013, DD, Y. 2013, S. 133.

Disiplin soruşturmalarının objektiflik ve tarafsızlık ilkelerine göre yürütülmesi gerekmektedir³²⁴. Yaptırımın muhatabının asker kişi olması ve disiplinin askeri hizmet açısından taşıdığı değer gerekçesi ile TSK D.K.’daki bazı hükümlerin objektiflik ve tarafsızlık ilkelerine aykırı yorumlanması, hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkına aykırı olmanın yanı sıra askeri disiplini de olumsuz yönde etkileyecektir.

a. Disiplin Soruşturması Yapılması Zorunluluğu

TSK D.K.’ madde 7/1’e göre, soruşturma kararı almaya yetkili makam “olayın araştırılmasına kanaat getirmesi halinde” disiplin soruşturması yapacaktır. Bu düzenleme fiilin açık olduğu ve araştırılması gereken başkaca bir hususun bulunmadığı durumlarda doğrudan savunma alınarak disiplin cezası verilebilmesine imkân sağlamaktadır. Ancak asker kişinin menfaatlerini koruyacak ve idarenin de hukuka aykırı ve haksız yaptırım uygulamasının önüne geçebilecek olan disiplin soruşturması usulünün “olayın araştırılması gerektiğine kanaat getirilmesi” gibi subjektif bir kritere bağlanması adil yargılanma hakkına aykırı bir durumu ortaya koymaktadır. Nitekim TSK D.K. madde 7/1’in gerekçesine göre de, “*Disiplin soruşturması, Kanuna göre ceza vermeye yetkili kılınan disiplin amirlerine verilmiş bir görev ve yetkidir. Bu görevin yerine getirilmemesi hukuka aykırılık teşkil edecektir.*”

Danıştay uygulamasında, disiplin soruşturması yapılmaksızın memurun doğrudan savunması alınarak disiplin cezası verilmesi hukuka aykırı kabul edilmektedir³²⁵. Danıştay DDK ise verdiği bir kararında, disiplin cezası verilebilmesi için cezanın dayanağı olan fiilin hiç bir şüpheyeye yer vermeyecek şekilde saptanması gerektiği, bu belirlemeyi yapabilmek için ise tarafsız ve usulüne

³²⁴ DiDDK, E. 2004/611, K. 2007/2412, K.T. 29.11.2007, Kazancı; “...soruşturmacının soruşturulan kişinin üstü, bu mümkün değilse dengi statüsünde olan muhakkikçe yürütülmesi gerektiği yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Öte yandan, disiplin soruşturmalarında iddia konusu suçların sübuta erip ermediği hususunda soruşturulanların görev yaptığı kurumun yapısı, mevzuatı, yürütülen hizmetin niteliği dikkate alınarak sonuca ulaşılacağından soruşturmacının kurumun sözü edilen özelliklerini bilmesi, bir başka deyişle o kurumda görev yapmasının kamu hizmetinin en iyi şekilde yürütülmesi ilkesine de uygun düşeceği tabiidir.” D12D., E. 2010/5479, K. 2013/6665, K.T. 26.09.2013, DD, Y. 2013, S. 134.

³²⁵ D12D., E. 2002/1367, K. 2005/2816, K.T. 05.07.2005; D12D., E. 2002/2424, K. 2005/4113, K. T. 18.11.2005; D12D., E. 2007/1731, K. 2010/1647, K.T. 23.03.2010, Kazancı.

uygun olarak yapılacak olan bir soruşturma sonucunda düzenlenen disiplin soruşturma raporu bulunması gerektiği, yetkili makamın disiplin cezasına esas fiilin kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ancak bir soruşturma raporunu değerlendirerek tespit edebileceği ve ancak bu rapora dayalı olarak ceza tayinine gidebileceği gerekçesi ile disiplin soruşturması yapılmaksızın verilen disiplin cezasının iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir³²⁶. Danıştay AİHM içtihatlarına uygun olarak, açık bir yasal zorunluluk bulunmasa dahi soruşturma yapılmadan verilen disiplin cezalarını açıkça hukuka aykırı görmektedir³²⁷.

Savunma hakkının etkin kullanımını sağlayacak ve “doğrudan disiplin cezası verme yasağı” olarak da adlandırılan bu usulde, disiplin soruşturması açmaksızın disiplin cezası verilmesi, verilen disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirecektir³²⁸. Danıştay’ın her iki yönde kararı bulunmakla³²⁹ birlikte sadece savunma almış olmak disiplin soruşturması yapmış olmak anlamına gelmemektedir³³⁰. Disiplin cezası verilebilmesi için önce yetkili makamlar tarafından disiplin soruşturması kararı alınmalı, daha sonra ise disiplin soruşturması kapsamında gerekli usul işlemleri yapılarak disiplin cezası verilmelidir³³¹. Bu kapsamda, disipline aykırı bütün fiiller, karene olarak, araştırılması gerekli bir fiil olarak kabul edilmelidir. Danıştay’ın aksi yönde bir kararı bulursa da³³² incelenecek fiil, fail ve durumun araştırmaya gerek olmaksızın açık ve net olması halinde de doğrudan savunma alınarak disiplin cezası verilebileceğini kabul etmek mümkün değildir³³³. Tutanak çok önemli delil teşkil edebileceği gibi soruşturmayı ikame etmez³³⁴. Çünkü soruşturma söz konusu olayın

³²⁶ DİDDK, E. 2004/611, K. 2007/2412, K.T. 29.11.2007, Kazancı.

³²⁷ DİDDK, E. 2008/2852, K.T. 27.02.2013. (Nakleden: ULUSOY, s. 59-60).

³²⁸ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 80; GÖZLER, C. II, 2009, s. 774.

³²⁹ “Savunma istenilmesini, disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak bulunmadığı, ayrıca disiplin soruşturması yapılmadan disiplin amirince doğrudan savunma istenmesinin soruşturmanın yapılması anlamına geldiği...” D8D., K. 1717/571, K.T. 30.03.1992, DD, Y. 23, S. 86, 1993, s. 418, (Nakleden: DEĞİRMENCI/TANRIVERDİ, s.132).

³³⁰ D8D., E. 1996/1793, K. 1997/1778, K.T. 22.05.1997, Kazancı.

³³¹ Aynı yönde bkz: ASLAN, s. 89.

³³² “Soruşturma bilgi-belge toplanarak bir olayı aydınlatmak için yapılır. Oysa, olayda davacının derse girmedeği tutanakla sabittir. Dolayısıyla disiplin amirince, kendisine yasaca verilen yetkiye dayanılarak davacının savunması istenilerek ceza tatbik edilmesinde mevzuata aykırılık görülmemiştir.” D8D., E. 1996/1380, K. 1998/4372, K.T. 16.12.1998, Kazancı.

³³³ Aksi Yönde bkz: ASLAN, s. 94; Ömer Asım LİVANELİOĞLU, **Memur Disiplin Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2003, s. 62.

³³⁴ ULUSOY, s. 50-51.

bütün yönleriyle araştırılması, hatta disipline aykırı davranan memurun halini anlamak için de yapılır³³⁵.

Soruşturma yapılarak verilen disiplin cezasının mahkemece iptal edilmesi durumunda, iptal nedeninin esastan ve usulden bozulduğu durumlarda soruşturmanın tekrarlanmasına gerek yoktur. Usul eksiklikleri giderilerek, zamanaşımı süresi dolmamış ise, yapılan soruşturmaya dayanılarak yenden ceza verilebilir. Danıştay'ın istikrar kazanmış içtihatları da böyle bir durumda soruşturmanın yeniden yapılmasının gerekli olmadığı yönündedir³³⁶.

b. Disiplin Soruşturması Açılması Kararında Yetkili Makam

Disiplin soruşturması açılması kararının disiplin yaptırımını uygulamaya yetkili makam tarafından alınması, diğer bir ifadeyle “disiplin soruşturması başlatma yetkisinin disiplin cezası verme yetkisine bağlanması” asker kişileri koruyucu bir işlev görecektir. Her ne kadar TSK D.K. madde 6/4 ile “*hiçbir idari makam tarafından, disiplin cezası ile ilgili takdir hakkının kaldırılması sonucunu doğuran bir karar verilemez veya uygulama yapılamaz*” prensibi kabul edilmiş olsa da, ceza vermeye yetkili makamın üstündeki bir makamın disiplin soruşturması başlatması, ceza vermeye yetkili alt makamı baskı altına alabilecek, ceza vermeye zorlayabilecektir.

TSK D.K. madde 7'ye göre herhangi bir disiplinsizlik hakkında disiplin amirlerinin yazılı olarak görevlendireceği soruşturmacılar vasıtasıyla ya da şahsen disiplin soruşturması yapılabilir. Bu düzenlemede disiplin amiri değil “disiplin amirleri” kavramı kullanıldığından tüm disiplin amirlerinin soruşturma yapmaya veya yaptırmaya yetkili oldukları sonucu çıkarılabilir. Ancak aynı Kanun'un 9'uncu maddesinde üst disiplin amirlerinin ceza verebileceği haller düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre “*Bu Kanunda belirlenmiş istisnalar hariç, aşağıdaki hâllerde disiplin soruşturması yapma ve disiplin cezası verme görev ve yetkisi üst disiplin amirleri tarafından da kullanılabilir.*” Bu düzenleme ile üst disiplin amirlerinin disiplin soruşturması yapma veya yaptırma yetkileri de 9'uncu

³³⁵ GÖZLER, C. II, 2009, s. 776.

³³⁶ DİDDK, E. 2008/3140, K.T. 03.12.2012, (Nakleden: ULUSOY, s. 54).

maddedeki istisnai hallerden birinin oluşması şartına bağlanmıştır. Bu nedenle 9'uncu maddedeki hallerden birinin gerçekleşmemiş olması durumunda, disiplin cezası verme yetkisinde olduğu gibi, disiplin soruşturması yapma yetkisi de öncelikle birinci disiplin amirindedir.

Bu kapsamda ceza verme yetkisinin doğmadığı durumlarda soruşturma yapma yetkisinin de olmadığını kabul etmek gerekir. Disiplin cezası vermeye yetkili makamın soruşturma yapma konusunda görevlendirilecek personel gibi kısıtlı imkânlara sahip olması halinde ise, soruşturmayı kendisinin başlatmış olması şartıyla üst makamın imkânlarını kullanarak soruşturma yapabilir. TSK D.K. m. 7'de, disiplin cezası veren makam ile soruşturmayı yapan makamların aynı olması zorunluluğunun bulunmaması, üst disiplin amirinin madde 9'daki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde soruşturma yapıp ancak yaptırım uygulama yetkisini kullanmadığı durumlarda, ilk disiplin amirinin bu soruşturmaya dayanarak ceza verebilmesini sağlamak içindir.

c. Ceza Vermeye Yetkili Makamın Disiplin Soruşması Yapması Yasağı

TSK D.K. m. 7'ye göre yaptırım uygulamaya yetkili amir soruşturmacı görevlendirebileceği gibi soruşturmayı kendisi şahsen de yapabilir. Aynı şekilde m. 36'ya göre de, disiplin kurulları “disiplinsizliğe ilişkin tahkikatı yapmak veya yaptırmak” görevine sahiptir. Kanunda cezayı verecek disiplin amirinin/kurulunun bizzat soruşturma yapmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca disiplin veya yüksek disiplin kuruluna katılacak bir üyenin disiplin soruşturması yapmasının önünde de TSK D.K. açısından bir engel bulunmamaktadır.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında ise disiplin cezası vermeye yetkili makamın soruşturma yapması³³⁷ veya soruşturmacının kurula katılarak oy kullanması³³⁸ hukuka aykırı kabul edilmektedir. Danıştay DDK ise soruşturmayı

³³⁷ “Soruşturmayı yürüten okul müdürünün aynı zamanda disiplin amiri sıfatıyla ceza vermesinde objektiflik ve tarafsızlık ilkesine uygunluk bulunmamaktadır.” D12D., E. 2008/7823, K. 2011/1425, K.T. 28.03.2011, Kazancı.

³³⁸ “...disiplin cezasına konu eylem nedeniyle yapılan soruşturmada bulunan komisyon üyelerinden üçünün disiplin cezasını tesis eden kurulda yer alması Disiplin Hukuku kuralları ve Danıştay'ın yerleşik içtihatları ile çeliştiği...” D8D., E. 2006/4863, K. 2007/5123, K.T. 08.10.2007; D8D. E. 2008/8072, K. 2009/2518, K.T. 13.04.2009, DBM.

yapan kişinin disiplin kuruluna katılarak oy kullanmasını “*Disiplin Kurulu Kararlarının sağlıklı, objektif olması, kararı veren kurul üyelerinin, olayı objektif değerlendirebilmeleriyle mümkündür. Bu itibarla, disiplin soruşturmasıyla görevlendirilen kişinin, delilleri toplayıp, ilgilinin savunmasını alıp, kendi kanaatını da belirtir şekilde hazırladığı soruşturma raporunun, disiplin kuruluna intikalinden sonra, kurula katılarak oy kullanması disiplin hukukunda kabul edilmemektedir.*” gerekçesi ile hukuka aykırı bulmuştur³³⁹.

Ancak Danıştay 8. Dairesi verdiği bir kararında, yapılan yargısal denetimde işlemin mevzuata uygun olup olmadığının denetlenmesi gerektiğini, cezayı vermeye yetkili makamın soruşturmacı olmasına mevzuat açısından bir engelin bulunmadığı durumlarda yargıçlar için yasayla getirilen yansızlık ilkesinin kamu görevlileri bakımından aranmayacağına ve dolayısıyla da cezayı vermeye yetkili makamın disiplin soruşturması yapmasının hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir³⁴⁰.

Ancak Danıştay’ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Çünkü muhatabının hak ve menfaatini olumsuz yönde etkileyebilecek, cezalandırıcı nitelikte bir idari işlemi tesis edecek makamın objektif ve tarafsız davranması hukuk devleti olmanın ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Nitekim Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından hazırlanan “Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” de tarafsızlığa ilişkin hükümlere yer vermiştir³⁴¹.

Disiplin yaptırımı kararını almaya yetkili makamın aynı zamanda bizzat soruşturma yapmasın işlemi sakatlayacağı hususu kanun yararına temyiz istemine de konu olmuştur. Disiplin amiri ile soruşturmacının aynı kişi olmasının, nesnellik, eşitlik ve güvenilirlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle uyarma cezasını iptal eden Kayseri Birinci İdare Mahkemesinin kararı, Kayseri Bölge İdare Mahkemesi

³³⁹ DİDDK, E. 1992/316, K. 1992/164, K.T. 23.10.1992, Kazancı.

³⁴⁰ D8D., E. 1991/1310, K. 1992/215, K.T. 10.02.1992, Kazancı.

³⁴¹ **Dürüstlük ve Tarafsızlık Madde 9** — Kamu görevlileri; tüm eylem ve işlemlerinde yasallık, adalet, eşitlik ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket ederler, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırımda dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamazlar, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamazlar.

Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar.

kararıyla; disiplin soruşturmasına konu olayın soruşturma raporu ve 09/03/2012 tarihli tutanakla sabit olması karşısında, dava konusu disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur. Kayseri Bölge İdare Mahkemesinin söz konusu kararının, Danıştay Başsavcısı tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51'inci maddesi uyarınca kanun yararına bozulması istenmiştir.

Danıştay 12'inci Dairesince Bölge İdare Mahkemesinin mezkûr kararı şu gerekçelerle kanun yararına bozulmuştur: *"...kamu görevlisinin suç oluşturduğu iddia edilen fiili ile ilgili olarak İdarece açılan bir disiplin soruşturmasını yapmakla görevlendirilen soruşturmacının daha sonra disiplin amiri sıfatıyla ceza vermesi objektiflik ve tarafsızlık ilkesine uygun düşmemektedir. Olayda, davacının disiplin amiri olan cezaevi 2. müdürünün disiplin soruşturmasını bizzat yürüttüğü, tanıkların ifadelerine başvurarak ifade tutanaklarını düzenlediği, davacının savunmasını alarak, isnat olunan eylemin hukuki nitelendirmesini yaptıktan sonra yine dava konusu yapılan disiplin cezasını kendisinin verdiği dikkate alındığında, objektiflik ve tarafsızlık ilkesine aykırı olarak tesis edilen cezada hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır."*³⁴²

Disiplin ve yüksek disiplin kurulları ve disiplin amirleri idari bir faaliyet göstermelerinin yanında yarı yargısal usullerle çalışıp cezalandırıcı mahiyette bir karar alırlar ve bu nedenle bu kişilerin tarafsızlığı oldukça önem taşır. Disiplin soruşturmasını yapmakla görevlendirilenler maddi gerçeği ortaya çıkarmakla yükümlü oldukları için sorgu hâkiminin yetkilerini kullanır ve kendi görüş ve düşüncelerini de ekleyerek bir rapor hazırlar. Hazırladığı bu raporla bir nevi "ihzası rey"de bulunan disiplin soruşturmacılarının disiplin kurullarında yer almaması gerekir. Çünkü tarafsızlığın sağlanması için kurula katılacak üyenin karar verilmeden önce söz konusu disiplinsizlik hakkında görüş açıklamamış olması gerekli ve zorunlu olup bu husus adil yargılanma hakkının da bir gereğidir³⁴³. Aynı şekilde TSK'da ayırma süreci üst disiplin amirleri tarafından başlatılır. Ayırma sürecini başlatan üst disiplin amirinin karar verilmeden önce yüksek disiplin kurulunun üyesi olması durumunda tarafsızlık ilkesi gereği kurula katılıp oy kullanmaması gerekir.

³⁴² D12D, E. 2014/3085, K. 2014/4911, K.T. 12.06.2014.

³⁴³ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s.6.

2. Savunma Hakkı ve Kullanılması Usulü

Disiplin hukukunda savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği kuralı anayasal değerde ve hukukun genel ilkesi düzeyinde bir kuraldır. (AY. m. 129/2) Savunma hakkına ilişkin Anayasal düzenlemenin yanında TSK D.K. m. 40’da verilecek disiplin cezalarında savunma hakkına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır³⁴⁴. Ancak yapılması gereken savunma hakkının kısıtlanmasını engelleyecek, etkin kullanılmasını sağlayacak düzenlemelerdir. Çünkü Anayasa madde 129/2’de düzenlenen “*savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*” kuralı ile idari işlem niteliğindeki disiplin cezalarının verilmesi açısından uyulması zorunlu bir usul kuralı getirilmiştir. Danıştay, kanunda öngörülme bile savunma alınmadan verilen disiplin cezalarını hukuka aykırı görmektedir³⁴⁵. Nitekim AYM 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, disiplin cezalarında savunma hakkını düzenleyen Anayasa hükmünün, disiplin cezalarını düzenleyen kanunda savunmaya ilişkin bir düzenleme olmaması durumunda doğrudan uygulanacağına karar vermiştir³⁴⁶.

AIHM’in yerleşik içtihadıyla da, muhatabı üzerinde ağır sonuçlar doğuran idari cezalar için (disiplin cezaları da bu kapsamdadır) adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olan çelişme ilkesinin gereği olarak, savunma alınması ve soruşturma yapılması AIHS’in bir gereği olarak kabul edilmektedir³⁴⁷. Bu nedenle disiplin cezalarını düzenleyen kanunlar ile savunma hakkının etkin kullanımını sağlayıcı düzenlemeler yapılmalı, savunma hakkının kullanım usullerini belirlenmelidir.

³⁴⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 130’da, Yükseköğretim Kurumları, Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği m. 24’de, Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği m. 22’de de savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği düzenlenmiştir.

³⁴⁵ ULUSOY, s. 25.

³⁴⁶ KARAHANÖĞLÜLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 69; “Anayasanın 118 inci maddesi, disiplin kovuşturmalarında isnat olunan hususun ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesini, yazılı savunmasının istenmesini ve savunma için belli bir süre tanınmasını şart kılmıştır. Bu, bağlayıcı bir temel hukuk kuralıdır. İnceleme konusu maddelerle Anayasa kuralı arasında bir çelişme doğabilmesi için maddelerde savunma alınmasını engelleyen, açık bir hükmün bulunması gerekir.” AYM, E. 1963/174, K. 1963/115, K.T. 20.05.1963, RG: 02.08.1963-11470.

³⁴⁷ ULUSOY, s. 25.

a. Disiplin Hukukunda Savunma Hakkı

Hak arama hürriyeti içerisinde mündemiç olan savunma hakkı³⁴⁸ adil yargılamanın vazgeçilemez bir koşuludur. “Savunma hakkı, kişilerin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikli temel hakları arasında yer alır.”³⁴⁹ Demokratik düzenin en temel ilkelerinden olan ve Anayasa ile teminat altına alınmış olan savunma hakkı memur güvenliği ilkesinin en önemli unsurlarındandır³⁵⁰. “Savunmanın tam olarak yapılmasında kamu yararı da vardır. Gerçekten savunma, sonuçta kararın doğru olarak verilmesini sağlar.”³⁵¹

Akıllıoğlu, bu hakkın, içeriğinde “bilgi alma” ve “görüş bildirme” haklarını içermesinden dolayı “savunma hakları” şeklinde çoğul kullanılması gerektiğini ifade etmektedir³⁵². Çelişme usulü olarak da adlandırılan bu usulde³⁵³ çelişmeyi sağlayacak temel hususlar bilgi alma, yani yaptırım uygulama kararına neden olacak tüm bilgilere ulaşma ve görüş bildirme, yani yönetim ile ilgisi arasında karar konusunda bir çekişmenin gerçekleşmesidir³⁵⁴.

Savunma hakkını yargı erkiyle sınırlı tutan Hafizoğullarına göre, savunma hakkı sadece yargı erkinin bulunduğu yerde kullanılabilir. Disiplin kurulları ise yargı erkini kullanmayan, yargısal denetime tabi idari tasarruflar yapan kurullardır. Bunun sonucu olarak da ismine savunma dense de, bir yargılama mercii olmayan disiplin kurulları önünde yapılmayan yazılı veya sözlü beyanlar teknik anlamda savunma değil sadece isnada ilişkin açıklamalardır³⁵⁵. Ancak her ne kadar disiplin kurulları yargı erkini kullanmasa da, yargısal usuller kullanılarak personelin hak ve menfaatleri üzerinde olumsuz sonuçlar doğuran işlemler yapılmaktadır. Bu nedenle asıl olarak yargılama hukukuna ait bir kavram olan savunma hakkının Anayasa m.

³⁴⁸ ASLAN, 108.

³⁴⁹ AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T. 28.11.2013. RG: 27.03.2014-28954.

³⁵⁰ ASLAN, 108.

³⁵¹ AYM, E. 1997/41, K. 1998/47, K.T. 14.07.1998, RG: 24.03.1999-23649.

³⁵² AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 17.

³⁵³ GÖZLER, 2013, s. 336.

³⁵⁴ AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 17.

³⁵⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, ABD, 1994, S. 1-4, s. 25; “Fransız Hukuku bakımından ISAAC, disiplin ve öteki ceza işleri için savunma haklarını, bunlar dışındaki işler için görüş bildirme hakkı deyimini kullanmaktadır.” ISAAC (G), La procédure administrative non contentieuse, LGDJ, Paris, 1968, s. 281, (Nakleden: AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 20).

129/2'deki düzenlenişi de dikkate alındığında yargı benzeri yönetsel işlemlerde (disiplin işlemlerinde), yargısal usul benzeri bir usul olarak kabul edilmelidir³⁵⁶.

Danıştay ve AYİM, disiplin ceza kararı alınırken savunma hakkı tanınmamış olmasını ağır ve bariz sakatlık olarak değerlendirmişlerdir. AYİM, savunma hakkı tanınmamasını “işlemin kurucu unsurlarına da sirayet etmekle yok hükmünde sayılmayı gerektiren esaslı ve önemli bir sakatlık olarak” kabul etmektedir³⁵⁷. Danıştay ise aynı şekilde, kınama cezasına karşı yargısal denetim yolu kapalı olsa bile, söz konusu cezanın savunma hakkı gibi önemli nitelikteki usul kuralları yönünden incelenmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵⁸. Danıştay DDK ise, savunması alınan ancak daha sonra hakkındaki disiplinsizlik isnadı değişen kamu görevlisine yeni isnat için yeniden savunma hakkı tanınmadığı gerekçesi ile verilen disiplin cezasını hukuka uygun bulan ilk derece mahkemesi kararını bozarak savunma hakkının önemini ortaya koymuştur³⁵⁹.

Savunma hakkı disiplin ceza kararı verilmesinde uyulması gereken zorunlu şekil şartı olup hazırlık işlemi mahiyetindedir. Zira AYİM, altı defa savunması alınan bir asker kişinin savunma alma işlemine karşı açtığı iptal davasını “disiplin amirinin idari veya cezai mahiyette bir karar almasına ilişkin süreçte gerçekleşen zorunlu bir hazırlık işlemi olup, kesin, etkili ve icrai nitelikte olmadığı” gerekçesi ile reddetmiştir³⁶⁰. Ancak savunma istem yazılarının kişinin özlük dosyasında saklanması halinde, bu işlemlerin icrailiğinden bahsedilebilecektir.

Savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilememesi prensibine TSK D.K.'da bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre, hakkında ayırma dosyası düzenlenen personelin firar veya izin tecavüzünde bulunması gibi kendisine ulaşılabilmesi durumlarında, savunma alınmasını imkânsız hale getiren zorunlu hallerde, kişinin

³⁵⁶ AKILLIOĞLU, Savunma Hakları, s. 19; AKYILMAZ, s. 13.

³⁵⁷ “Savunma hakkı tanınmaksızın tesis edilen disiplin cezası, şekil unsuru yönünden ağır ve apaçık hukuka aykırı bulunduğu için yok hükmünde sayılması gerekir.” AYİM, 3.D., E. 2003/151, K. 2004/159, K.T. 28.01.2004, <http://www.msb.gov.tr/ayim>, E.T. 01.02.2015.

³⁵⁸ “Anayasa ve yasanın ilgili hükümleri uyarınca, kınama cezası dava konusu edilmemekle beraber, Anayasada teminat altına alınmış savunma hakkı kullanılmadan verilen kınama cezasının, sadece bu açıdan incelenerek karar verilmesi gerekirken, idare Mahkemesince davanın incelenmeksizin reddedilmesinde isabet görülmemiştir.” D8D, E. 95/2936, K. 97/3826, K.T. 09.12.1997, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 77).

³⁵⁹ DİDDK, E. 2008/907, K.T. 16.01.2013, (Nakleden: ULUSOY, s. 54).

³⁶⁰ AYİM, 3.D., E. 2013/1158, K. 2013/1205, K.T. 26.09.2013, Yayımlanmamıştır.

savunması alınmadan hakkında Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilebilecektir. Ayrıca TSK D.K. m. 21 gereğince disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminde belirli bir disiplin puanına veya disiplin cezası miktarına ulaşma sonucunda verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında, personelin savunmasının alınmayacağına dair (m. 13/6) bir hüküm bulunmaktaydı. Bu hükme karşı anayasaya aykırılık iddiasıyla açılan davada AYM, ilgili hükmü “... 21. madde gereğince disiplin ceza puanına bağlı olarak verilen ayırma cezası, daha önce verilen disiplin cezalarının toplanmasından ibaret otomatik bir karar olmayıp, kurulların 21. maddede yer alan koşulların oluşup oluşmadığı konusunda bir değerlendirme yapma yetkileri bulunmaktadır. Bu nedenle cezalandırılacak personele bu ayırma cezasında da savunma hakkı verilmesi anayasal bir zorunluluktur.” gerekçesi ile iptal etmiştir³⁶¹.

b. Savunma Hakkının Etkin Kullanımı

Savunma hakkının etkin kullanımı açısından öncelikle üzerinde durulması gereken husus, bu hakkın mutlak surette karar veren makam önünde kullanılmasıdır³⁶². AYM de disiplin hukukunda savunma hakkına ilişkin verdiği bir kararında “Disiplin hukukunda savunma hakkının bir anlam ifade etmesi bu hakkın etkili şekilde kullanılabilmesi, savunmanın mutlak surette karar veren makam önünde yapılabilmesine bağlıdır.”³⁶³ gerekçesi ile bu hususun önemine işaret etmiştir. Ceza yargılamasında “yargılamanın doğrudanlığı ilkesi” olarak da adlandırılan bu ilke savunmanın cezayı verecek makam önünde yapılmasını ifade etmekte olup savunma hakkıyla yakından ilgilidir³⁶⁴.

TSK D.K. madde 7/5’de disiplin soruşturmacılarının savunma almaya yetkili oldukları düzenlenmiştir. Ancak savunmanın özel olarak düzenlendiği 40’ıncı maddeye göre “...disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez.” Bu düzenlemede ise savunma almaya yetkili makamlar disiplin amiri ve disiplin kurulları olarak düzenlenmiştir. Savunma hakkının etkin kullanılması amacına da uygun olarak savunma hakkını özel olarak

³⁶¹ AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T. 28.11.2013. RG: 27.03.2014-28954.

³⁶² AKYILMAZ, s. 16.

³⁶³ AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T. 28.11.2013, RG: 27.03.2014-28954.

³⁶⁴ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 83.

düzenleyen 40'ncı maddedeki düzenleme esas alınmalı ve savunmanın karar vermeye yetkili olan disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından alınması gerektiği kabul edilmelidir. Soruşturmacı önünde kullanılan savunma hakkı kendisinden beklenen amacı gerçekleştirmekten uzak olacaktır. Savunma hakkının karar veren makam önünde kullanılması mutlak geçerlilik şartı, bir diğer ifade ile asli şekil şartıdır.

Disiplin soruşturmacıları tarafından soruşturma esnasında disiplinsizliği işleyen asker kişinin dinlenilmesi, savunma yerine geçmeyip bir nevi ifade alma niteliğindedir. Çünkü asker kişinin kendisini etkin bir şekilde savunabilmesi için soruşturmaya konu tüm bilgi ve belgelerin toplanması, varsa tanıkların dinlenmesi sonrasında savunma alınması gerekmektedir. Bu nedenle soruşturma sırasında, disiplinsizlik işlediği iddia edilen asker kişinin ifadesinin alınması olay hakkında bilgi alınması amacına dayanır ve savunma olarak kabul edilmemelidir³⁶⁵. Personelin ifadesi alındıktan sonra ayrıca usulüne uygun savunma imkânı tanınmalıdır³⁶⁶.

Ancak disiplin cezalarında savunmanın alınmamış olması AYİM kararlarında yokluk hali olarak değerlendirilmekte iken, bir kararında AYİM, idari tahkikat heyeti tarafından alınan ifadenin savunma yerine geçtiğini belirtmiş ve davayı reddetmiştir. *“Dava konusu edilen yazıda önce olayla ilgili olarak idari soruşturma yapıldığı, davacının ifade veren olarak ifadesinin alındığı dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen uyarı yazısının yok hükmünde sayılmasını gerektiren bir husus bulunmamaktadır.”*³⁶⁷

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının verilmesinde ayırma sürecinin disiplin amirlerinin teklifi ile başlatılması hâlinde süreci başlatan disiplin amiri tarafından, diğer durumlarda ise yetkili komutanlıklar vasıtası ile yüksek disiplin kurulları tarafından hakkında karar verilecek personelin savunması alınır. Burada ayırma

³⁶⁵ ASLAN, s. 110.

³⁶⁶ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 69; Erol DÜNDAR, **Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi**, DD, Y. 16, S. 62 – 63, s. 23.

³⁶⁷ AYİM 3.D., E. 2006/305, K. 2006/1172, K.T. 19.10.2006, www.msb.gov.tr. E.T. 17.01.2015; *“Müfettişlerce yapılan inceleme sırasında, hakkında inceleme yapılan memurun sadece olay hakkındaki bilgisi alınmakta olup, ifade alınması şeklinde de adlandırılan bu işlem savunma olarak kabul edilemeyeceği için, savunmanın bundan ayrı olarak disiplin cezası vermeye yetkili amir veya merci tarafından alınması gerekmektedir.”* D3D., K. 212/266, K.T. 1973 (Nakleden: Ahmet TAŞKIN, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, 2006, s. 172-173).

cezalarının önemi dikkate alındığında savunma alma yetkisi YDK'lara verilmiştir. “Son savunma” ayırma cezalarında başvurulması gereken zorunlu şekil şartı niteliğindedir. (TSK D.K. m. 13/6)

Adil yargılanma ilkesinin unsurlarından birisi de silahların eşitliği ilkesidir. Bu ilke davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir³⁶⁸. Ayırma cezalarında ise, talebi olması halinde YDK önünde sözlü savunma yapabileceği, soruşturma evrakını inceleyebileceği, tanık dinletebileceği ve savunma hakkını kullanırken avukat yardımından faydalanabileceğinin personele bildirilmesi savunma hakkının etkin kullanımı açısından zorunludur³⁶⁹.

Kamu görevlisinin savunması alınmadan önce üzerine atılı disipline aykırı eylemin bildirilmesi ve dosyadaki bilgi ve belgelere ulaşma hakkının tanınması gerekir³⁷⁰. Kişiye işlediği disiplinsizliği bildirmeden savunmasının istenmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü idari davalarda da uyulması gerekli olan bu ilke³⁷¹ “... dosyada yer alan bilgi ve belgelerin taraflar açısından ulaşılabilir olmasını gerekli kılar. Dolayısıyla belgelere ulaşamama çelişmeli yargılama ilkesi açısından sorun oluşturabilir³⁷².”

Hakkında disiplin soruşturması başlatılan kişi veya avukatı soruşturma dosyasını inceleyebilmelidir. Soruşturmanın gizliliği gerekçesi ile personele soruşturma dosyasını inceleme imkânı verilmemesi adil yargılanma hakkına aykırı bir uygulama olacaktır. Zira, ceza muhakemesinde geçerli olan soruşturmanın

³⁶⁸ AYM, B.N. 2014/575, K.T. 08.05.2014, Parag. 40; AYM, B.N. 2013/3054, K.T. 08.05.2014, Parag. 49, RG: 18.07.2014.

³⁶⁹ Zehreddin ASLAN, “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları”, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir 2004, s. 20.

³⁷⁰ GÖZLER, C. II, 2009, s. 776; DİDDK, E. 2005/3292, K. 2008/1633, K.T. 12.06.2008, (Nakleden: BAŞA/YILMAZ, s. 36). “Soruşturma raporuyla hakkında Devlet memurluğundan çıkarılma cezası önerisi getirilen ve bu öneri uyarınca savunması istenen kamu görevlisine ve vekiline yapılacak savunmaya esas olmak üzere soruşturma raporu ve eklerinden istenen belgelerin bir örneğinin verilmemesinin savunma hakkının hukuka aykırı olarak kısıtlanması sonucunu doğurduğu,” D1D., K. 721/800, K.T. 27.06.2008 (Nakleden: DEĞİRMENCI/TANRIVERDİ, s. 440).

³⁷¹ AYM, B.N. 2013/1134, K.T. 16.05.2013, Parag. 32.

³⁷² AYM, B.N. 2014/575, K.T. 08.05.2014, Parag. 46.

gizliliği ilkesi de, masumiyet karinesi gereği soruşturulan kişinin kişilik haklarını 3. kişilere karşı korumak için getirilmiş olup bu gizlilik soruşturulan kişilere karşı geçerli değildir³⁷³. Bu kapsamda DMK m. 129/2'ye göre, hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memur, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir. Aynı şekilde TSK D.K. m 37/5' e göre de, ayırma cezalarında disiplin kuruluna sevk edilen asker kişi; tahkikatın gizliliğini, üçüncü şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğini, gizli ve özel nitelikteki bilgileri korumaya yönelik olanların dışındaki soruşturma evrakının tamamını inceleme, tanık dinletme ve disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak savunma yapma hakkına sahiptir. Ancak her iki Kanunda da diğer cezalara ilişkin kamu görevlisine bu nitelikte bir hak tanınmamıştır. Özellikle TSK D.K. açısından yüksek disiplin kurulları önünde vekil ile savunma yapılabilmesine imkân sağlayan bir hükmün olmaması yapılacak soruşturmanın adil yargılanma hakkına aykırılığını gündeme getirebilecek bir eksikliktir³⁷⁴.

Asker kişiye isnad edilen fiilin savunma istenirken kamu görevlisine açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi gerekir. Memur ancak kendisine isnat edilen fiilin işlendiği yeri, zamanı ve oluş şeklini öğrendikten sonra savunma hakkını etkin biçimde kullanabilecektir³⁷⁵. Disiplin Kanunu m. 40'da isnat olunan hususlar ile savunma için verilen sürenin ilgiliye açıkça ve yazılı olarak bildirilmesi şartı getirilmiştir. Bu düzenleme kapsamında ilgiliye gönderilecek bildirim yazısında, kendisine isnat edilen fiilin işlendiği yer, zaman, oluş şeklinin, savunma için verilen

³⁷³ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 5.

³⁷⁴ HAFIZOĞULLARI'na göre, yargılama mercii olmayan disiplin kurulları önünde yapılan savunma, teknik anlamda savunma değil isnada ilişkin açıklamalardır. Bu nedenle *"disiplin kurullarında savunma hakkı tekeline hak hamiline vekâleten elinde tutan Baronun/Avukatın da yerinin olmaması gerekmektedir."* HAFIZOĞULLARI, s. 25.

³⁷⁵ ASLAN, s. 110; AKYILMAZ, s. 15; YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s.4; Cevdet ATAY, **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, İstanbul, 1999, s. 155; *"Görölmeyene, bilinmeyene karşı iddia ve savunmada bulunmanın güçsüzlüğü hatta imkansızlığı açıktır. Hakkında kimi suçlamalar nedeniyle ve bu suçlamalara dayanılarak özlük haklarını ihlal edecek biçimde işlem tesis edilecek ilgiliye, idarenin işlemini gerekli kılan suçlama konularını önceden açıkça bildirerek savunmasını almasının idari işlemlere güveni ve hukuka uygunluk yönünden isabet oranını arttıracığı kuşkusuzdur."*, D5D, E. 1990/4297, K. 1991/1099, K.T. 06.06.1991, DD, Y. 1992, S. 84-85, s. 345, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 81, dn. 91); *"...olayı, isnadın nedenini ve hukuki niteliğini bilmeyen kişinin kendisini yeterince savunamayacağının açık olduğu, bu hususun savunma hakkının temelini oluşturduğu"* AYM, E. 1997/41, K. 1998/47, K.T. 14.07.1998.

sürenin, savunmanın yazılı veya sözlü olarak yapılabileceğinin, savunması esnasında avukat bulundurup bulunduramayacağı veya savunmasını avukatı aracılığıyla yapıp yapamayacağının açıkça yazılması gerekmektedir³⁷⁶.

Öğretide bir kısım yazarlara göre, kişiye isnat edilen fiilin kanunun hangi maddesini ihlal ettiğinin ve verilmesi düşünülen disiplin cezasının hangisi olduğunun belirtilmesine gerek yoktur³⁷⁷. Ancak kanaatimize göre, kişiye isnad edilen fiilin hangi disiplin yaptırımını gerektirdiği de ortaya konulmak zorundadır. Nitekim Danıştay’ın kararı da bu yöndedir. *“Disiplin cezası ile cezalandırılan kamu görevlisinin disiplin suçu oluşturan eylemi açık bir şekilde belirlenmeli, disiplin suçu oluşturan bu eyleminin hangi disiplin kurallarını ihlal ettiği ortaya konulmalıdır. Aksi halde, kamu görevlileri isnad edilen eylemleri gerçekleştirmediklerini, dolayısıyla disiplin suçunu işlemediklerini kanıtlamayacakları gibi, bu uyumsuzluklara karşı açılan davalarda yapılacak hukuki nitelendirmeler de hakkaniyete uygun olmayacaktır.”*³⁷⁸

TSK Disiplin Kanunu m. 40’da savunma hakkının kullanımına ilişkin asgari süreler getirilmiştir. Bu sürelerle uyulmaması, örneğin asker kişiye savunması için 2 iş gününden az süre verilmiş olması, asli usul sakatlığı oluşturacak ve disiplin cezasını hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak Danıştay verdiği bir kararında, savunma hakkının kullanılmış ancak asgari sürelerle uyulmamış olmasını iptal nedeni saymamıştır³⁷⁹.

³⁷⁶ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s.4; *“... savunmasının alınmadığı, olayla ilgili alınan genel ifadesinin, cezalandırıldığı hususla ilgili herhangi bir suçlamayı içermediğinden dolayı savunma niteliğinde bulunmadığı, dolayısıyla savunması alınmadan davacıya verilen 14 gün oda hapsi cezasının ağır ve bariz sakatlık nedeniyle yok hükmünde olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.”* AYİM, 2.D., E. 2003/235, K. 2003/910, K.T. 17.12.2003. Karar İçin bkz: AVIALAN, Mustafa Barış, **Disiplin Karar Verme Süreci (DİKVES)**, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Basım Evi, Ankara, 2014, s. 201.

³⁷⁷ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 81; DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.433.

³⁷⁸ D12D., E. 2005/6353, K. 2006/540, K.T. 22.02.2006; Aynı yönde bkz: D12D, E. 2008/7024, K. 2011/1314, K.T. 23.03.2011, Kazancı.

³⁷⁹ *“Yönetmelik kuralı uyarınca en az üç iş günü önce üzerine atılı suçun ne olduğu yolunda bildirim yapılmayarak usule aykırı davranıldığı anlaşılmakla beraber, davacının ...savunmasını vermiş olmakla savunma hakkının kullanıldığı anlaşılmıştır.”*, D8D, E. 1991/3301, K. 1992/2586, K.T. 02.11.1992, DD, 1993, S. 87, s. 394-395, (Nakleden: AKYILMAZ, s. 15, dn. 328; KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 82, dn. 95).

3. Disiplin Yaptırımı Kararlarının Gerekçeli Olması Şartı

Hak veya menfaatini olumsuz yönde etkileyen bir kararın hangi gerekçe ile alındığını bilmeyen kişinin bu karar karşı güven duyması beklenemez. Bu nedenle gerekçe, tesis edilen idari işleme karşı kişinin güven duymasını sağlar ve işlemin hukukiliğini arttıracak bir işlev görür. Keyfiliğin özü gerekçenin iyi açıklanmamasında yatmakta olup, gerekçeli karar vermek iyi idarenin ayırt edici özelliğidir³⁸⁰. Bu ilke, işlemi yapan idareyi idari işlemin dayandığı maddi ve hukuksal nedenleri açıklamaya, disiplin hukuku bakımından uyguladığı yaptırımı kavrayıp doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar³⁸¹.

Gerekçeli karar kişinin gereksiz yere idari ve yargısal denetim yoluna başvurmamasını engellemek gibi oldukça önemli bir işlevi de yüklenmektedir. Ancak bu pratik nedenin yanında, asker kişilere uygulanan disiplin cezasının kişiyi tatmin edici bir gerekçe içermesi, temel haklarına ve kişiliğine saygı duyulduğu ve cezanın keyfi verilmediği anlamına gelecek³⁸² ve askeri disiplini de olumlu yönde etkileyecektir.

Kararın gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesinin somut bir görünümüdür.³⁸³ Anayasanın 36'ncı maddesi ile AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, yine Anayasanın “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” kenar başlıklı 141'inci maddesinde ve “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” şeklinde ifade edilen mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesi ile somutlaşmakta, bu ilkeleri de kapsamaktadır. İdarenin cezai içerikli bir faaliyetinde adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde gerekçeli karar vermesi gerekmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması” başlıklı tavsiye kararına göre; “*Haklarını, özgürlüklerini ya da*

³⁸⁰ Cemil KAYA, “İngiliz İdare Hukukunda Gerekçe Belirtme Yükümlülüğü İlkesi”, Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2005, s. 218.

³⁸¹ Serdar COŞKUNKULAK, “İdari İşlemlerde Gerekçe”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 6, Y. 2006, s. 2508.

³⁸² Tekin AKILLIOĞLU, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, AİD, Y. 1982, C. 15, S. 2, s. 19.

³⁸³ AYM, B.N. 2012/1269, K.T. 08.05.2014, Parag. 51, RG: 18.07.2014; “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber...” AYM, B.N. 2013/549, K.T. 28.05.2014.

*yararlarını zedeler nitelikte bir yönetsel işlem söz konusu olduğunda, ilgiliye işlemin dayandığı nedenler üzerine bilgi verilir. Bu bilgi verme, işlemde nedenlerin açıklanması biçiminde olabileceği gibi, ilgilinin isteği üzerine makul bir süre içinde yazılı biçimde de olabilir.”*³⁸⁴ İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası madde 18’de “Kararları Gerekçelendirme Yükümlülüğü”nü düzenlemektedir: “Kurumun özel şahısların hak veya menfaatlerine zarar verebilecek her kararı, kararın hukuki dayanağını ve sonuçlarını belirterek, hangi nedenlere dayalı olarak alındığını içermelidir”.³⁸⁵

TSK D.K. ile disiplin cezalarının gerekçeli olması zorunluluğu getirilmiştir. TSK D.K. disiplin yaptırımı uygulamaya yetkili makamlara birçok konuda takdir yetkisi vermiş olup, bu takdir yetkisinin keyfi bir şekilde kullanılmaması için de gerekçe gösterme zorunluluğu getirmiştir (TSK D.K. m. 6/2). Örneğin, bir alt derece disiplin cezası uygulama konusunda takdir hakkının bulunduğu bir durumda, bu yetkisini kullanmayan disiplin amirinin verdiği kararda bu yetkiyi kullanmamasına ilişkin yeterli seviyede bir gerekçe göstermesi zorunludur. Gerekçe gösterilmemiş olması bu durumda tek başına bir iptal sebebidir³⁸⁶. Çünkü, geniş anlamda savunma hakkıyla da ilgili olan gerekçe gösterme ilkesi, asker kişinin idare karşısında temel hakkını koruyan bir işlev de göstereceğinden (asli şekil şartı), gerekçeli olmayan disiplin cezaları asli şekil şartına aykırılıktan dolayı iptal edilecektir.

Disiplin cezası verilirken uyulması gereken gerekçe ilkesi, kişinin savunmasında öne sürdüğü her türlü iddiaya ayrıntılı cevap verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle verilen disiplin cezasında cezayı veren makam tarafından gösterilecek gerekçe cezanın ağırlığına göre değişecek, uyarma cezası için gösterilecek gerekçe ile ayırma cezasına gösterilecek gerekçe aynı kapsam ve genişlikte olmayacaktır. Gerekçe, dinlenilme hakkının bir aşaması ve tamamlayıcı bir ögesidir³⁸⁷. Bu nedenle asker kişinin savunmasında ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul ve esasa dair iddialarının kararın gerekçesinde cevapsız bırakılmış

³⁸⁴ Tekin AKILLIOĞLU, “Bireyin Yönetsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, AİD, Y. 1981, C. 14, S. 3, s. 52; Yücel OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 103, dn. 6.

³⁸⁵ Bahtiyar AKYILMAZ, İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2.

³⁸⁶ AKILLIOĞLU, Gerekçe İlkesi, s.15.

³⁸⁷ AKILLIOĞLU, Gerekçe İlkesi, s.15.

olması veya bu iddiaların gerekçede genel ve soyut ifadelerle karşılanmış olması halinde (örneğin sık sık kullanılan “savunmanız yeterli görülmemiştir” gerekçesi) disiplin ceza kararlarının gerekçeli olması şartı karşılanmış olmayacaktır.

4. İptal Kararı Üzerine Düzeltilebilir Şekil Noksanlıklarının Giderilerek Yeniden Karar Verilmesi Usulü

TSK D.K. 39/5’ e göre, fiilin hatalı olarak vasıflandırıldığı veya düzeltilebilir bir şekil noksanlığı bulunduğu gerekçeleriyle disiplin cezasının mahkeme tarafından iptal edilmesi durumunda, kararın kesinleştiği tarihteki yetkili disiplin kurulu veya disiplin amiri, kararın tebliğinden itibaren ceza verme yetki ve sorumluluğu kapsamında yeniden değerlendirme yapar. Bu düzenleme ile amaçlanan, basit, esasa etkisi olmayan ve düzeltilebilir nitelikteki şekil hataları nedeniyle disiplinsiz personelin cezasız bırakılmaması ve askeri disiplinin korunmasıdır.

Söz konusu hükmün gerekçesine göre, “*iptal davası sonucunda verilen kararlarda, düzeltilebilir şekli hatalardan dolayı disiplinsizliğin cezasız kalmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Örneğin; verilen bir disiplin cezasının, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından disiplinsizliğin yanlış vasıflandırılması veya disiplinsizlik yapan personele savunma hakkı tanınmadan verilmiş olması nedenleriyle iptali hâlinde, kararın kesinleşmesinin ardından disiplin amirinin yeniden değerlendirme yaparak mahkemenin kararına uygun bir şekilde yeni bir disiplin cezası verme hakkı olacaktır.*”

Ancak madde metni, gerekçede ifade edilen bu amacı sağlamaktan uzaktır. Disiplin ceza kararının usul sakatlığı nedeniyle mahkemece iptal edildiği durumda, ceza verme yetkisi zamanaşımına uğramamış ise, usulüne uygun olarak yeniden ceza kararı alınması mümkündür. Bunun için yasal dayanağa ihtiyaç da yoktur. Ancak kanaatimizce, söz konusu madde metnindeki “kararın tebliğinden itibaren ceza verme yetki ve sorumluluğu kapsamında yeniden değerlendirme yapar.” ifadesi, iptal kararının verildiği tarihte zamanaşımı süresinin geçmiş olması halinde, usul eksikliği giderilerek yeniden ceza verileceği anlamına gelmemektedir. Madde metni incelendiğinde, amacın iptal kararının kesinleştiği tarihte ceza kararını alan disiplin

amiri veya kurulu değişmiş ise, bu yeni amir veya kurula yaptırım kararı alabilme yetkisinin tanınmasıdır.

Disiplin amiri açısından, iptal kararı fiilin işlendiğinin öğrenilmesinden itibaren 1 ay geçtikten sonra verilmiş olacağından, iptal kararı üzerine 1 aylık sürenin yeniden başlayacağını savunmak mümkün değildir. Disiplin kurulları açısından ise, şayet iptal kararı fiilin disiplin amiri tarafından öğrenilmesinden itibaren altı ay içerisinde verilmiş ise, disiplin kurullarınca 6 aylık süre dolmadan usulüne uygun olarak yeniden disiplin ceza kararı alınabilecektir (m. 39/2). Bu durumlarda TSK D.K. m. 39/1’deki inceleme ve araştırma yapmak için kullanılacak ek 6 aylık süreden yararlanılması da mümkün değildir.

Madde metnindeki “*kararın tebliğinden itibaren ceza verme yetki ve sorumluluğu kapsamında yeniden değerlendirme yapar.*” ifadesi ile 1 ay veya 6 aylık sürelerin yeniden başlayacağı kabul edilse bile, bu yetki ancak esas etkilemeyen basit şekil noksanlıkları (yaptırım kararının tebliğı, basit yetki tecavüzü gibi) nedeniyle iptal kararı verilmesi üzerine kullanılabilecektir. Bu yetki, ceza kararının esastan iptal edildiğı durumlarda kullanılamaz. Bu nedenle disiplinsizliğin oluşmadığı, ceza verilebilecek bir fiilin bulunmadığı, olayda hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu, kast unsurunun bulunmadığı, sübjektif değerlendirmelerle disiplin cezası verildiğı, zamanaşımının geçirilmiş olduğu, keyfi görev verme yasağına uyulmadığı gerekçeleriyle verilecek iptal kararları üzerine bu yetki kullanılarak tekrar yaptırım kararı alınamaz.

Ayrıca ortada bir disiplinsizliğin bulunduğu ancak fiilin yanlış vasıflandırıldığı gerekçesi verilen iptal kararı üzerine yetkili makam yeniden yaptırım kararı alabilecektir. Örneğin AYİM tarafından “... *kışla nöbetçi amiri olan davacının maiyeti üzerinde denetim, kontrol ve gözetim yükümlülüğüne aykırı, ihmali bir eylemi tespit edilmiş olduğundan, davacının bu eyleminin nöbet talimatına aykırı hareket etmek değil maiyetinin gözetiminde ihmal göstermek disiplinsizliğine temas ettiği anlaşılmış, bu nedenle davacı hakkında nöbet talimatına aykırı hareket etmek disiplinsizliğinden tesis edilen 1/10 oranındaki disiplin cezasının hukuka aykırı*

olduğu...” gerekçesi verilen iptal kararı³⁸⁸ üzerine yetkili makam, “maiyetinin gözetiminde ihmal göstermek” disiplinsizliği kapsamında söz konusu asker kişi hakkında yeniden yaptırım kararı alabilecektir.

C. SEBEP UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

Disiplin işlemleri sebebe dayanan (causal) işlemlerdir³⁸⁹. Disiplin kanunlarında tanımlanan disipline aykırı fiilleri suç saymak yerine “sebebe” kelimesinin kullanılması gerekir. Çünkü disiplin cezaları ancak kanunda sayılan haklı sebepler çerçevesinde verilecektir³⁹⁰.

Disiplin cezasının sebebini oluşturacak fiillerin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanıtlanması gerekir³⁹¹. Ceza hukukundaki şüpheden sanığın yararlanacağını öngören ilke, suçsuzluk karinesinin bir sonucu³⁹² olup asker kişinin söz konusu disiplinsizliği işlemediği karine olarak kabul edilmeli, idare ortaya koyduğu bilgi ve belgelerle bu karineyi kesin olarak çürütmelidir. Nitekim disiplin hukukunda uygulama alanı bulacak masumiyet karinesi de bunu gerektirir. Sebep unsurunun tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda şüphe bulunan disiplin cezalarının yargısal denetiminde, işlemin iptal edilmesi için ceza hukuku ilkesi olan şüpheden sanık yararlanır ilkesine gitmek zorunlu değildir.

Disiplin yaptırımlarının sebep unsuru bakımından, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin disiplin hukukunda tam ve mutlak şekilde uygulanmayacağını savunmak³⁹³ kamu görevlisinin mesleki güvenliğini ortadan kaldırmaktadır. Soyut iddialara, hukuken geçerli olmayan bilgi ve belgelere dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceği gibi disipline aykırı fiilin söz konusu memur tarafından işlendiği

³⁸⁸ AYİM, 3.D., E. 2014/3027, K. 2015/89, K.T. 22.01.2015, Yayımlanmamıştır.

³⁸⁹ İsmet GİRİTLİ, “Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri”, İÜHFM, C. XXX, S. 1-2, 1964, s. 8; GÜNAL, s. 206; Cem, s. 833.

³⁹⁰ ÖRÜCÜ, s. 793.

³⁹¹ “...Bu durumda, davacıya ceza verilmesine neden olan “iş arkadaşlarına fena muamele etmek” fiilinin tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği tanık ifadeleri ile tesbit edilemediği gibi, ağır hizmet kusuru da teşkil etmeyen bu fiil nedeniyle verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık görülmediğinden davanın reddi yolundaki mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.”, D8D., E. 1996/4273, K. 1997/4100, K.T. 19.12.1997, DBM.

³⁹² Metin FEYZİOĞLU, “Suçsuzluk Karinesi / Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, C. 48, S. 1-4, 1999, s. 157.

³⁹³ ULUSOY, s. 104.

konusunda kuşku bulunması durumunda da disiplin cezası uygulama yoluna gidilemez³⁹⁴. AYM'nin disiplin cezaları için daha düşük ispat standardı gerektiği yönündeki içtihadı disiplin hukukunda şüpheden sanık yararlanır ilkenin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir³⁹⁵. Nitekim AYİM yeni tarihli bir kararında asker kişiye verilen hizmet yerini terk etmeme cezasını “*Davaya konu ceza kararında, maddi vakıaların, diğer bir deyişle hangi söz veya fiillerin hoşnutsuzluk yarattığı hususu belirtilmediğinden, isimsiz-imzasız bir ihbar mektubundaki soyut olguların “hoşnutsuzluk yaratmak” disiplin suçunu oluşturması mümkün görülmemiştir. Zira ... disiplin cezasına konu bir eylemin objektif kriterlere göre mevcudiyeti ... yargısal değerlendirmeye elverişli şekilde hazırlanmadığı...*” gerekçesi ile iptal etmiştir³⁹⁶.

Disiplin cezalarında disiplinsizliğin oluştuğunu kanıtlama yükümlülüğü idarededir. AYİM bir kararında, disiplin cezası verilebilmesi için somut eylemin bilinmesinin gerekli ve zorunlu olduğunu, disiplinsizliği oluşturan somut eyleminin ne olduğunun anlaşılamadığı, davacının görev sırasında amirine sözle saygısızlık oluşturacak hangi sözü sarf ettiğinin ortaya konamadığı gerekçesi ile söz konusu işlemi konu unsurunda sakatlıktan dolayı iptal etmiştir.³⁹⁷ Ancak AYİM'in ortaya koyduğu gerekçe konu unsurunda sakatlığı değil sebep unsurunda sakatlığı ortaya koymaktadır. Nitekim bir diğer kararında AYİM, “*Davacının kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmadığı ortaya konulmamış, dava dosyasında davacının cezalandırılmasını gerektiren bir fiil görülmemiştir.*” gerekçesi ile işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.³⁹⁸

Her somut olayın özelliğine göre değişiklik gösterse de, Danıştay son zamanlardaki içtihatlarında şüpheden sanık yararlanır ilkesini disiplin hukukunda uygulamaktadır. Mahkemeye göre, ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden verilen beraat kararına dayanılarak disiplin cezası verilebilmesi için “*hiçbir şüpheye mahal*

³⁹⁴ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 72.

³⁹⁵ AYM, B.N. 2013/5996, K.T. 15.10.2014, RG: 17.12.2014; AYM, B.N. 2013/1728, K.T. 12.11.2014, RG: 31.12.2014.

³⁹⁶ AYİM, 3.D., E. 2014/1194, K. 2015/93, K.T. 22.01.2015, Yayımlanmamıştır.

³⁹⁷ AYİM, 2.D., E. 2006/1333, K. 2007/252, K.T. 04.03.2007, Karar için bkz: AVIALAN, s. 250.

³⁹⁸ AYİM, 3.D., E. 2005/1371, K. 2006/1410, K.T. 02.11.2006, Karar için bkz: AVIALAN, s. 251.

bırakmayacak şekilde olayın somut olarak ortaya konulması” gerekmektedir³⁹⁹. Ancak Danıştay, kamu görevlilerinin yolsuzluğa karıştığı dosyalarda bu ilkeyi daha esnek uygulamakta, şüpheden sanık yararlanır şeklindeki ceza hukuku ilkesine aykırı olarak, fiilin işlendiği konusunda belirsizliğin bulunduğu durumlarda verilen cezayı hukuka aykırı görmediği kararları da bulunmaktadır⁴⁰⁰.

Üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de iç içe geçen ve birbirinin devamı ya da unsuru niteliğinde olan fiillerin müstakil bir disiplinsizlik teşkil edip etmeyeceği ve tevhidden cezalandırmanın hukukiliğidir. (Örneğin yıllık izinde olan bir asker kişinin amirinden izin almaksızın izin süresi boyunca birden fazla kere yurt dışına gitmesi.) Burada somut olayda işlenen fiilin niteliğine bakmak gerekir. Birbirinden kesin olarak ayrılamayan fiiller tek bir fiil olarak kabul edilerek tek bir yaptırım uygulama yoluna gidilmelidir. Ancak fiillerin birbirinden ayrılabilirdiği durumlarda idarenin her ayrı fiile ayrı yaptırım uygulamasının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Bu konuda ceza hukukundaki içtima kurallarından faydalanılabilir. Türk Ceza Kanunu madde 43/1’de düzenlenen “bir suç işleme kararının icrası” zincirleme suç tanımının esaslı unsurlarından birisidir. Kişinin ardı ardına gerçekleştirdiği ve tek bir disiplin soruşturmasına konu edilen fiiller iç içe geçmiş nitelikte ise, tek bir disiplinsizlik işleme iradesi olduğu kabul edilmeli, tüm fiillere en üst derecede tek bir yaptırım uygulanmalıdır. Aynı soruşturmada birden fazla disiplin cezası gerektiren durumlarda en ağır cezanın verilmesi şeklinde ortaya çıkacak olan tevhidden ceza verme, hukuki dayanağı olmamakla birlikte asker kişilerin lehine bir uygulama olacaktır. Tevhidden tek bir ceza verme, yetkili makamlar açısından zorunlu bir yol olmamakla birlikte hukuka aykırı da değildir. Dolayısı ile bu konuda idarenin takdir hakkı vardır.⁴⁰¹

Yetkili makamlarca disiplin ceza kararı alınırken, fiilin hangi disiplinsizliği oluşturduğu yönünde bir tespit yapılır ve bu disiplinsizliğe kanunda gösterilen disiplin yaptırımı uygulanır. Ancak idare tarafından bazı durumlarda fiil yanlış

³⁹⁹ D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 4.2.2011, Kazancı.

⁴⁰⁰ DİDDK., E. 2009/1833, K.T. 12.06.2013, (Nakleden: ULUSOY, s. 105); “...söz konusu eylemin niteliği ve polislik mesleğinin önem ve özelliği dikkate alındığında davacının meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” DİDDK, E. 2007/2208, K. 2012/246, K.T. 06.04.2012, DD, Y. 2013, S. 132.

⁴⁰¹ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Hukuki Müzakere Toplantısı Raporu, <http://Hmt.Hsyk.Gov.Tr/Konular/Idari-Yargi/Idare/7-Dan12daire/1.Pdf>, E.T. 17.01.2015.

nitelendirilerek disiplin cezası verilmekte, yargısal denetim aşamasında ise sebep ikamesi yoluyla verilen cezalar sonucu itibarıyla yerinde bulunmaktadır. Bir kararında Danıştay DDK, polis memuru hakkında rüşvet almak disiplinsizliğinden tesis edilen meslekten çıkarma cezasını, her ne kadar rüşvet suçundan ceza mahkemesinde beraat edilmiş olursa bile söz konusu fiilin meslekten çıkarma cezasını gerektiren “Yetkisini veya nüfuzunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla.... kötüye kullanmak” eylemi ile örtüştüğü gerekçesi ile (sebeb ikamesi yaparak) hukuka uygun bulmuş ve ilk derece mahkemesinin iptal kararını bozmuştur.⁴⁰² Fiil, uygulanan aynı cezayı gerektiren başka bir disiplinsizlik tanımına uyuyor ise sebep ikamesi yapılması mümkün olup, fiilin daha hafif veya daha ağır farklı bir maddeyi (ceza) ilgilendirmesi halinde sebep ikamesi yapılamayacaktır. Sebeb ikamesi bir anlamda idarenin iradesini gerçekte var olmayan ancak potansiyel olarak varolabilecek ihtimaller üzerinden farazi bir değerlendirmeye tabi tutmak suretiyle karar vermek anlamına geleceğinden ve idare yerine geçip işlem tesis etmeme anayasal kuralı karşısında açıklanamayacak bir nitelik taşıdığından istisnai olarak başvurulması gereken bir usul olarak kabul edilmelidir⁴⁰³.

1. Disiplin Yaptırımlarının Sebeb Unsurunda Takdir Yetkisi

a. Disiplin Amirlerinin Disiplinsizliklerin Tespitinde Takdir Yetkisi

Asker kişilere uygulanacak disiplin yaptırımlarının sebep unsuru, TSK D.K.’da tanımlanan disipline aykırı bir fiilin asker kişi tarafından işlenmesidir. Ancak TSK D.K. madde 8/2 ile disiplin amirlerine disiplinsizliklerin tespiti konusunda ceza hukuku anlamında kıyas, idare hukuku anlamında ise sınırlı bir takdir yetkisi verilmiştir⁴⁰⁴. Buradaki takdir yetkisinin sınırı asker kişi tarafından işlenen fiilin kanunda tanımlanan bir fiile “niteliği veya ağırlığı” itibarıyla benzer olmasıdır. Disiplin amiri bu madde ile kendisine verilen yetkiyi kullanarak kanunda

⁴⁰² DİDDK, E. 2007/2208 K. 2012/246, K.T. 06.04.2012, DD, Y. 2013, S. 132.

⁴⁰³ ULUSOY, s. 138-139; Yunus YILMAZ, “İdare Hukukunda Sebeb Unsuru ve Sebeb İkamesi”, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=72, E.T. 02.02.2014.

⁴⁰⁴ **Disiplin amirinin disiplin cezası verme yetkisi**

MADDE 8

(2) Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir.

tanımlanan fiillere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer olan fiillere yaptırım uygulayabilir.

TSK D.K. m. 8/2 ile disiplin yaptırımının sebep unsuruna ilişkin olarak disiplin amirine verilen bu takdir yetkisi kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun kullanılmalı, takdir yetkisi kullanılarak yaptırım uygulanan fiil kanunda tanımlanan bir disiplinsizliğe hem nitelik hem de ağırlığı itibariyle benzer olmalı, hizmet düzenine etkisi bulunmayan fiiller sırf kanunda tanımlanan bir disiplinsizliğe benzediğinden yaptırıma tabi tutulmamalıdır. Disiplin amirince takdir yetkisine dayanılarak yaptırıma tabi tutulan bir fiilin niteliği ve ağırlığı itibariyle kanunda tanımlanan bir fiile benzeyip benzemediği, kısacası keyfi kullanılıp kullanılmadığı yargısal denetim yoluyla denetlenebilecektir⁴⁰⁵. Ancak birçok disiplin yaptırımına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olduğu göz önüne alındığında, asker kişiler disiplin amirinin keyfi kullanabileceği bir takdir alanı içerisinde güvencesiz durumda bırakılmıştır.

TSK D.K. madde 8/2 ile sınırlı takdir yetkisini düzenleyen madde başlığında “*disiplin amirinin disiplin cezası verme yetkisi*” kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla disiplin kurullarının disiplin yaptırımının sebep unsurunu belirlerken takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle disiplin kurullarının, disiplin amiri tarafından kendisine sevk edilen ve hangi disiplinsizliği oluşturduğu disiplin amiri tarafından tespit edilen bir fiilin kıyasen başka bir disiplinsizliği oluşturduğunu tespit ederek farklı bir disiplin cezası verebilmesi mümkün değildir.

TSK D.K. madde 8/2’de, “verilebilir” ibaresi kullanılmıştır. Bu nedenle disiplin amirinin kıyas yetkisini kullanması zorunlu değildir. Disiplin amiri fiilin niteliğine göre, hizmet düzenini etkilemeyen fiillere takdir yetkisini kullanarak “idari hoşgörü” kapsamında yaptırım uygulamamalıdır⁴⁰⁶. Ayrıca AsCK’nın da askeri

⁴⁰⁵ Bir yükseköğretim öğrencisinin fiili yönetmelikte tanımlanan bir fiile benzetilerek yaptırıma tabi tutulmuş, Danıştay ise, “...anılan maddelerde sayılan fiillerle davacının fiillerinin benzerlik taşımadığı...” gerekçesi ile söz konusu yaptırım kararını bozmuştur. D8D., E. 2007/4128, K. 2008/3553, K.T. 14.05.2008. DBM.

⁴⁰⁶ “...öğrencinin yaptığı açıklama ve atılan sloganların temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kapsamında kaldığı ve bu yönüyle idari hoşgörü içinde değerlendirilmesinin gerektiği: ülke gündemi ile ilgili bazı konulara değinilmesinin ifade özgürlüğü kapsamında olduğu...” D.8.D, E. 2007/4268, K. 2008/5610, K.T. 07.10.2008, DBM.

disiplini koruma amacı dikkate alındığında, AsCK kapsamında suç olan bir fiile disiplin amiri tarafından kıyas yetkisi kullanılarak disiplin yaptırımı uygulanmamalı, AsCK kapsamında verilen ceza disiplinin korunması açısından yeterli kabul edilmelidir.

b. Asker Kişilerin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Kısıtlanması Bakımından Disiplinsizliklerin Tespitinde Takdir Yetkisi

Disiplin yaptırımları asker kişilerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde kısıtlayıcı etki gösteren idari yaptırım türüdür. Özellikle ayırma cezaları askeri öğrencilerin eğitim ve öğretim hakkını kısıtlamakta, kamu görevlisi statüsünde bulunan asker kişilerin ise kamu hizmetlerine girme hakkını ve çalışma özgürlüklerini kısıtlamaktadır. Ayrıca hizmet yerini terk etmeme cezası ile sınırlı hallerde uygulanacak oda hapsi cezası kişi özgürlüğü hakkı üzerinde sınırlandırıcı etki göstermektedir. Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda getirilen "sınırlandırmanın kanunla yapılması şartı", disiplinsizliklerin tespitinde idareye verilen takdir yetkisinin bu şart bağlamında da incelenmesini gerektirmektedir.

Öğretide TSK disiplin hukukunda hem kamu görevlileri hem de askeri öğrenciler açısından, disipline aykırı tüm fiillerin kanunla düzenlenmesini zorunlu kılacak dikkate alınması gereken önemli bir görüş bulunmaktadır. Gözler ve Oğurlu'nun ortaya koyduğu bu görüşe göre; disiplin cezaları personelin kurumla ilişkisinin kesilmesi sonucunu doğuran yükümlendirici işlemlerdir. Bu nedenle özellikle ayırma disiplin cezaları Anayasa'nın temel hak ve ödevler başlıklı ikinci kısmında yer alan çalışma hakkı (AY. m. 49) ve kamu hizmetlerine girme hakkını (AY. m. 70) sınırlandırmaktadır.⁴⁰⁷ Çünkü kamu görevine girme (AY. m. 70) bir temel hak ve hürriyet olduğuna göre, TSK'dan ayırma yaptırımı da bir temel hak ve hürriyetin ortadan kaldırılması demektir. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre de bir temel hak ve özgürlüğü sınırlandıracak düzenlemelerin mutlaka kanunla yapılması gerekir. Nitekim AYM'ye göre de bir temel hakkın kısıtlanmasını sonucunu doğuracak nitelikte yaptırım uygulanabilmesi için AY. m. 13'deki şartlara uyulmuş

⁴⁰⁷ OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 101-102; OĞURLU, İdari Yaptırımlar, s. 185 vd.

olması, fiilin ve yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması şarttır.⁴⁰⁸ Bu nedenle kanunla düzenlenmeyen bir disiplinsizlik nedeniyle (kıyas yetkisi kullanılarak) TSK'dan ayırma yaptırımı uygulanamaz⁴⁰⁹. TSK D.K. m. 21'de disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi düzenlenmiştir. Bu sisteme göre uyarma gibi basit nitelikte bir ceza dahi asker kişiye TSK'dan ayırma cezası uygulanmasını gerektirebilecektir.⁴¹⁰ Disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi nedeniyle ve ayırma cezasının çalışma hakkı ve kamu görevlerine girme hakkını kısıtladığı göz önüne alındığında, TSK disiplin hukukunda disipline aykırı tüm fiillerin yasayla düzenlenmesi zorunlu olup, bu konuda kıyasa izin veren veya disiplin suç ve cezalarını doğrudan idarenin düzenleyici işlemlerine bırakan kanun hükümleri Anayasa'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen "kanunla sınırlandırma" şartına aykırılık taşıyacaktır.

Aynı şekilde öğrencilik statüsünden çıkarılmayı gerektiren veya öğrencilik statüsünü kısıtlayan disiplin suç ve cezalarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur. Çünkü öğrencilik statüsüne son veren disiplin suç ve cezaları sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkının (AY. m. 42) sınırlandırılması ya da kullanılmaması sonucunu doğuracak düzenlemeler olduğundan, bu nitelikte bir düzenlenmenin yönetmelikle yapılması ve idareye kıyas yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olacaktır⁴¹¹. Zira askeri öğrenciler için de disiplin ceza puanına bağlı olarak öğrencilik statüsünden çıkarılma sistemi uygulanmaktadır⁴¹².

⁴⁰⁸ AYM, B.N. 2013/8463, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195, Parag. 42.

⁴⁰⁹ GÖZLER, C. II, 2009, s. 758.

⁴¹⁰ **Disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesi**

MADDE 21 – (1) Aşağıda belirtilen durumlar disiplinsizliği alışkanlık hâline getirme olarak kabul edilir ve sözleşmeli subay ve astsubaylar hariç subaylar, astsubaylar ve uzman jandarmalar hakkında ayırma cezası verilir.

a) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde on sekiz disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam on iki defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

b) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son beş yıl içinde otuz beş disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam yirmi beş defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

⁴¹¹ OĞURLU, İdari Yaptırımlar, s. 187 vd.

⁴¹² "Yetkili disiplin amirleri tarafından verilen disiplin cezalarının ve bunlar esas alınarak ahlak notundan yapılan düşümlerin yoklukla malul bulunmadığı anlaşılmakla; sonuçta öngörülen ahlak notunu kaybetmesi nedeniyle davacının disiplinsizlik nedeniyle Kara Harp Okulu öğrenciliğinden çıkarılması işlemi hukuka uyarlıdır." AYİM, 2.D., E. 1996/110, K. 1996/909, K.T. 23.10.1996, Kazancı.

TSK D.K. m. 23/2 ile askeri öğrenciler bakımından disipline aykırı fiillerin tespiti ve bu fiillere uygulanacak disiplin cezalarının türleri ve miktarı, disiplin amirlerinin kimler olacağı ve disiplin ceza puanlarının düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır. Aynı şekilde 4566 sayılı Harp Okulları Kanunu m. 38'e göre "*Harp okullarına alınan her öğrenciye disiplin notu verilir. Hangi cezalar için disiplin notundan ne miktarda düşüleceği yönetmelikte belirtilir.*" Harp Okulları Yönetmeliği m. 60'a göre disiplin puanının tamamını kaybeden askeri öğrencilerin yüksek disiplin kurulu kararıyla okuldan çıkarılacağı düzenlenmiş, TSK Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 31-35 ile de askeri öğrencilerin disiplin puanları ve bu puanların nasıl kaybedileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla askeri öğrencilere uygulanabilecek tüm disiplin yaptırımı türleri, kişinin öğrencilik statüsünden çıkarılması sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle askeri öğrencilere ilişkin disiplinsizliklerin tespitinde kıyasa imkân verilmesi, ceza puanlarının yönetmelikle tespit edilmesi temel hak ve özgürlükleri düzenleyen Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olacaktır. Çünkü yönetmelikle askeri öğrenciler hakkında yapılacak düzenlemeler, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkının (AY. m. 42) sınırlandırılması ya da kullanılmaması sonucunu doğuracak düzenlemeler olarak karşımıza çıkacaktır⁴¹³. Bu nedenle kanunda yönetmeliğe bırakılan bu hususların (disiplinsizliklerin tespiti ve disiplin ceza puanları gibi) kanunla düzenlenmesi, bunlar dışındaki uygulamaya ve ayrıntıya ilişkin hallerin yönetmeliğe bırakılması gerekmektedir.

2. Disiplin Yaptırımlarının Sebep Unsuru Açısından Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi

DMK sisteminde ve TSK D.K. sisteminde disiplin soruşturmasının ceza muhakemesinden bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Disiplin cezaları adli cezalara mahiyeti itibarıyla yakınlaşmakla birlikte uygulanma usulleri bakımından ayrılmakta ve adli cezalardan farklı bir hukuki değeri korumaktadır. İşte bu nedenle TSK D.K. ile eski sistemden farklı olarak, ceza uygulaması ile disiplin uygulaması iki ayrı ve farklı alan olarak görülmüş ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikte bir

⁴¹³ OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 101-102.

düzenlemeye yer vermiştir⁴¹⁴. Kanunun bu düzenlemesi, iki farklı yaptırımın kamu düzeni ile hizmet düzeni gibi birbirinden farklı iki alanı korumaya çalışmasından kaynaklanmaktadır⁴¹⁵.

Ceza yargılaması sonucunda verilecek kararın disiplin cezalarına etkisini idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının sebep unsuru açısından değerlendirilmesi gerekir. Çünkü ceza yargısı olayın belirlenmesi bakımından ceza dışı yargılama makamlarını da bağlar. Bu bağlayış hukuki mesele bakımından olmasa da, sadece olayın belirlenmesi bakımından bir otorite kabul edildiğini gösterir.⁴¹⁶ Dönmezer/Erman’a göre, ceza mahkemelerinin delilleri takdir yetkisi çok daha geniş olduğu için, mahkeme kararları illiyet bağı açısından yetkili makamların kararlarını bağlayacaktır⁴¹⁷. Bu nedenle ceza yargılaması sonucunda verilecek karar disiplin yaptırımlarının sebep unsurunu etkileyebilecektir.

AYM’ye göre, kamu görevlisinin davranışı adli suç tanımına uymanın yanı sıra disiplin sorumluluğunu da gerektirebilir. *“Böyle durumlarda ceza muhakemesi ve disiplin soruşturması ayrı ayrı yürütülür ve ceza muhakemesi sonucunda kişinin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında, ceza mahkemesi hükmü disiplin makamları açısından doğrudan bağlayıcı değildir”*⁴¹⁸.

Ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet kararının verilmesi halinde, mahkûmiyete neden olan fiilin aynı zamanda disiplinsizlik oluşturması durumunda, bu mahkûmiyet hükmü yetkili makamın disiplin cezası verme konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda ceza verilmesini zorunlu kılabilir⁴¹⁹. Diğer bir ifadeyle mahkeme kararının fiilin işlenmiş olduğuna ilişkin kısmı disiplin cezası

⁴¹⁴ ASLAN, s. 29.

⁴¹⁵ Yücel OĞURLU, *“Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı”*, AÜHFD, C. 52, S. 2, 2003, s. 112.

⁴¹⁶ Nurullah KUNTER, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, 1989, s. 302; KARAHANOGULLARI, *Memur Disiplin Hukuku*, s. 65.

⁴¹⁷ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 7. Bası, İÜHF Yayınları, İstanbul 1979, s. 360.

⁴¹⁸ AYM, B.N. 2012/665, K.T. 13.06.2013, Parag. 30; AYM, B.N. 2014/575, K.T. 08.05.2014, Parag. 79; AYM, B.N. 2012/998, K.T. 07.11.2013, Parag. 64; AYM, B.N. 2014/682, K.T. 19.11.2014, Parag. 66, RG: 07.03.2015.

⁴¹⁹ *“...yapılan soruşturma sonucu mahkemece de suçu sabit görülen davacının, aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasında usulsüzlük olmadığı...”* D8D., E., 1996/138, K. 1997/4123, K.T. 22.12.1997, DBM, Aynı yönde bkz: KAYA, *Memur Disiplin Suç ve Cezaları*, s. 79; KARAHANOGULLARI, *Memur Disiplin Hukuku*, s. 65.

vermeye yetkili olan idari makamları da bağlar. Ancak kanaatimize göre, bu konuda mutlak bağlayıcılıktan söz edilemez. Nitekim Ulusoy’a göre de, bu mahkûmiyet kişiyi otomatik olarak yani kesin hükmün hukuki otoritesi ile disiplin hukuku yönünden suçlu kılmaz. Disiplin makamı ceza mahkemesi kararı sonucunda fiilin o kişi tarafından işlendiğini referans alarak kurum içi düzeninin bozulmuş olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yaparak yaptırım uygulamalıdır⁴²⁰.

Disiplinsizlik tanımının adli bir suçla birebir örtüştüğü durumlarda ise, disiplin cezası verilebilmesi için söz konusu fiile ilişkin ceza mahkemesinde mahkûm olma şartının aranması hukuken zorunlu değildir⁴²¹. Ancak Danıştay, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünde sayılan ve meslekten çıkarma cezasını gerektiren, aynı zamanda da adli suç olan fiillere (hırsızlık, zimmet, rüşvet, gasp, dolandırıcılık vb.) disiplin cezası verilebilmesi için ceza mahkemesinde söz konusu suçların işlendiği yönünde bir tespitin yapılmış olmasını aramaktadır⁴²². Ancak her iki yaptırımla korunan hukuki değer farklı olduğundan ve disiplin cezalarıyla adli cezaların bağımsızlığı ilkesi kabul edildiğinden, bu içtihat disiplin hukukunun temel mantığıyla çelişmektedir.

Fiilin işlenmediğine veya fiilin söz konusu kişi tarafından işlenmediğine yönelik ceza mahkemesi kararı disiplin soruşturması sonucunda verilecek disiplin cezasının sebep unsurunun oluşmadığı anlamına gelecek ve yetkili disiplin amir ve kurullarını bağlayacaktır⁴²³. Bu durum birçok yazar tarafından “kesin hükme saygı” ilkesi kullanılarak açıklanmaya çalışılmaktadır⁴²⁴. Danıştay bu hususa ilişkin verdiği

⁴²⁰ ULUSOY, s. 156-157.

⁴²¹ “Ceza yargılamasında irdelenen ihlal nedeni eylem ile idari yaptırım kararı sırasında irdelenen idari düzeni ihlal edici eylem öncelikle birbiriyle örtüşen, aynı şekilde tanımlanan eylemler ve aynı nitelikte ihlaller olmadığından ceza yargılaması sonucu verilen kararın, idari yaptırıma ilişkin karar yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır.” D10D., E. 2002/521, K. 2003/4772, K.T. 5. 12. 2003, Kazancı.

⁴²² DİDDK, E. 2010/1289, K.T. 31.10.2013 (Nakleden: ULUSOY, s. 136).

⁴²³ KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 65; KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 79; OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 114; GÜNAL, s. 209-210; “... bir kamu görevlisinin üzerine atılı disiplin suçu aynı zamanda ceza yasasına göre de suç niteliği taşıyorsa ve ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucunda ilgili suçsuz görülmüşse, artık ilgilinin üzerine atılı suçu işlemediğinin kabulü zorunludur. Ceza yasasına göre yapılan soruşturma veya yargılama sonucu saptanamayan bir disiplin soruşturması dayanak alınıp işlenmiş olduğunun kabulüne olanak yoktur.” D10D, E. 1984/907, K. 1984/1860, K.T. 12.11.1984, DD, S. 58-59, s. 392, (Nakleden: İbrahim PINAR, **Memur Suçlarında Soruşturma Usulü**, Ankara, 1997, s. 1068).

⁴²⁴ ASLAN, s. 33; OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 115, 123; ONAR, C. II, 1960, s. 1190; GÜNAL, s. 210; ULUSOY, s. 155; TAŞKIN, s. 171.

istişari mütalaasında kesin hükme saygı ilkesine vurgu yapmıştır⁴²⁵. Gerçekten de idarenin bu yönde işlem tesis etmesi hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin bir gereğidir. Fiilin söz konusu kişi tarafından işlenmediği gerekçesi ile verilen beraat kararına rağmen idarenin disiplin yaptırımı uygulaması, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hükmün bu kişi açısından işlevsiz duruma getirilmesi anlamına gelecek ve mahkeme kararlarının bağlayıcı olması anayasal kuralını da ihlal edecektir⁴²⁶.

Suçun unsurlarının oluşmadığı⁴²⁷ ve delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı disiplin soruşturması açısından mutlak bağlayıcı nitelikte değildir. Çünkü AYM'nin ifade ettiği şekliyle disiplin hukuku ceza hukukuna göre daha düşük ispat standardı gerektirmektedir⁴²⁸. Bu prensibin temel gerekçesi, disiplin cezaları ile ceza mahkemelerince verilen cezaların korudukları hukuki menfaat ve düzenin farklı olmasıdır. Danıştay'ın yerleşmiş içtihadı da bu yöndedir. Danıştay DDK, “...*bu kararda suçun unsurlarının oluşmaması durumunun delil yetersizliğine bağlandığı..*” gerekçesi ile delil yetersizliğinden beraat edilen fiillere dayanılarak verilen devlet memuriyetinden çıkarma işleminin iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesinin ısrar kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁴²⁹.

Ancak ceza mahkemesinde mahkûmiyet hükmünün kurulmasına yetmeyen deliller yanında idarenin ek gerekçeler ve deliller ortaya koyması halinde disiplin

⁴²⁵ “Her ne kadar ceza hâkimin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kaziye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır.” D3D, E. 1979/187, K. 1979/253, K.T. 30.3.1979, DD, 1980, S. 36-37, s. 108-111, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 78).

⁴²⁶ “Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse, adil yargılanma hakkının sağladığı bir güvence kalmayacaktır.” AYM, E. 2014/149, K. 2014/151, K.T. 02.10.2014. RG: 01.01.2015.

⁴²⁷ AYİM bir kararında, hakkında açılan ceza davasından “suçun unsurlarının oluşmadığı” gerekçesi ile beraat eden kamu görevlisi hakkında tesis edilen ayırma işlemini hukuka uygun bulmuştur. AYİM, E. 2011/1123, K. 2012/552, K.T. 08.05.2012, Yayımlanmamıştır.

⁴²⁸ AYM, B.N. 2013/5996, K.T. 15.10.2014, RG: 17.12.2014.

⁴²⁹ DİDDK., E. 2010/1391, K. 2011/273, K.T. 21.04.2010, DBM; D12D., E. 2010/1494, K. 2013/4059, K.T. 16.05.2013, DD, Y. 2013, S. 134; DİDDK, E. 2007/2208, K. 2012/246, K.T. 06.04.2012, DD, Y. 2013, S. 132.

cezası verebileceğini kabul etmek gerekmektedir.⁴³⁰ Nitekim AYİM, delil yetersizliğinden beraat eden asker kişi hakkında disiplinsizlik nedeniyle tesis edilen sözleşmenin feshi işlemini, sadece delil yetersizliğinden beraat edilen fillere dayanılmış olması, asker kişinin sicil not ortalamasının iyi derecede olması, kendisine 6 adet takdir belgesi verilmiş olması, daha önce de herhangi bir disiplin cezası almamış olması, bu nedenle de *“takdir yetkisinin objektif sınırlar içinde ve kişi yararı ile kamu yararı arasında denge gözetilerek kullanılmadığı”* gerekçesi ile iptal etmiştir⁴³¹.

Adli cezaların ceza mahkemesince ertelenmesi disiplin cezası verilmesini engellemez⁴³². Çünkü ertelemeye mahkûmiyet hükmü verilmiş, fiilin aynı zamanda disiplin suçunu da oluşturması halinde disiplin hukuku açısından disipline aykırı eylemin gerçekleştiği hüküm altına alınmış, fakat infaz süreli ve olumsuz bir koşula bağlanmıştır⁴³³. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda da (HAGB), ortada bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığı iddiasıyla disiplin cezası verilmemesi yaklaşımı kabul edilemez⁴³⁴. Çünkü ortada işlendiği mahkeme kararı ile sabit olan bir fiil bulunmaktadır ve bu fiilin aynı zamanda bir disiplinsizlik teşkil etmesi durumunda disiplin cezası verilebilecektir⁴³⁵.

Ancak AYİM, sadece HAGB kararına dayanılarak disiplinsizlik nedeniyle tesis edilen sözleşmenin feshi işlemini iptal etmiştir⁴³⁶. Bu nedenle HAGB kararına dayanılarak verilecek disiplin cezalarında sadece HAGB kararına dayanılmamalı, fiilin askeri disiplin üzerindeki olumsuz etkisi dikkate alınarak karar verilmelidir. Ayrıca, hakkında verilen HAGB kararına dayanılarak tesis edilen disiplin cezasına karşı bireysel başvuru yoluyla AYM’ye başvurulmuş bir davada Mahkeme, HAGB kararı verilmesinin disiplin cezası verilmesini engellemeyeceği, ancak kamu

⁴³⁰ KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 67; ASLAN, s. 36; OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 116; ULUSOY, s. 154.

⁴³¹ AYİM, 1.D., E. 2008/533, K. 2014/1084, K.T. 19.12.2014, Yayınlanmamıştır.

⁴³² OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 117, 124.

⁴³³ ASLAN, s. 37.

⁴³⁴ Nusret İlker ÇOLAK/Dursun ÖZDEMİR, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi”, TAAD, C. I, Y. 2, S. 5, 20.04.2011, s. 127-128.

⁴³⁵ “...disiplin cezasını gerektiren fiilin niteliğine göre ceza yargılamasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması disiplin hukuku yönünden ortada bir ceza mahkûmiyeti bulunmadığından bahisle disiplin cezası uygulanmaması sunucunu doğurmayacağı...” D12D., E. 2011/9670, K. 2012/3553, K.T. 25.05.2012, DD, Y. 2012, S. 131.

⁴³⁶ AYİM, 1.D., E. 2014/885, K. 2014/1150, K.T. 17.12.2014. Yayınlanmamıştır.

görevlisi hakkında verilen hüküm kesinleşmediğinden masumiyet karinesinin hala geçerli olduğu ve disiplin cezası tesis edilirken kişinin söz konusu suçu işlediği yönünde değerlendirme yapılması halinde masumiyet karinesinin ihlal edileceğine karar vermiştir⁴³⁷. Mahkemeye göre, “*Askeri disiplin gerekleri dikkate alındığında masumiyet karinesinin disiplin hukukunda uygulanabilmesi için mutlaka ceza davalarının sonucunun beklenmesini gerektirdiği söylenemez. Kişinin suçluluğunu ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sadece soruşturma açılmış olması da disiplin veya idari yaptırım işlemlerinin başlatılması veya uygulanması için yeterli görülebilir*”⁴³⁸.

TSK D.K.’daki disiplin kovuşturmasının ceza muhakemesinden bağımsızlığı ilkesi çeşitli sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Disiplin cezası verildikten sonra aynı fiil hakkında ceza mahkemesince yapılan yargılama sonucunda fiilin söz konusu kamu görevlisi tarafından işlenmediği, fiilin hiç işlenmediği veya hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu⁴³⁹ gerekçesiyle beraat kararı verilmesi durumunda ilgili disiplin yaptırımının sebep unsurunu oluşturan “disipline aykırı bir fiilin kamu görevlisi tarafından hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirildiği” tespiti temelsiz kalacak, dolayısıyla idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımı sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelecektir. Bunun sonucunda ise, öğreti ve yargı kararlarında disiplin cezalarının geri alınamayacağı hususunda ortaya konulan görüşler ve disiplin cezalarına karşı açılacak iptal davalarında dava açma süresinin büyük ihtimale geçirilmiş olması hali de göz önüne alınırsa, ceza mahkemesi kararıyla hukuka aykırı hale gelen disiplin cezalarının sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkün olmayacaktır. Zira Danıştay da, hakkında açılan ceza davası sonuçlanmadan memuriyetten çıkarılan ancak daha sonra beraat eden kişinin ağıktan atama talebinin reddedilmesini hukuka uygun bulmuştur⁴⁴⁰.

⁴³⁷ AYM, B.N. 2013/1728, K.T. 12.11.2014, RG: 31.12.2014.

⁴³⁸ AYM, B.N. 2014/682, K.T. 19.11.2014, RG: 07.03.2015.

⁴³⁹ Ceza hukukundaki hukuka uygunluk nedenlerinin her zaman disiplin hukukunu bağlamayacağı savunulabilir. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olduğu dikkate alındığında, disiplin hukukunda da ceza sorumluluğunu kaldıracağı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz: ATAY, s. 879, dn. 149.

⁴⁴⁰ “...hakkında Yüksek Disiplin Kurulu Kararıyla meslekten çıkarma cezası verilmiş bulunan davacının yeniden göreve atanmak istemiyle yaptığı başvuru üzerine istemin reddi yolunda tesis edilen işlemde, idarece kendisine tanınan takdir yetkisinin, hukuka uygun şekilde kullanılmış olduğu kanaatine

Bu konuda Karahanoğulları'na göre, dava açma süresi, sonradan ortaya çıkan yeni bir durum olmasından dolayı ceza mahkemesi kararından başlatılacaktır⁴⁴¹. Ulusoy'a göre ise, ceza mahkemesinin lehe kesinleşmiş kararı üzerine dava açma süresi yeniden başlayacak, bu karar yargılamanın iadesi nedeni de sayılabilecektir⁴⁴². Danıştay ise, ceza yargılaması sonuçlanmadan hakkında devlet memuriyetinden çıkarma disiplin cezası tesis edilen kamu görevlisi ile ilgili olarak, ceza mahkemesinde verilen beraat hükmünü idari yargı yönünden bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak görmüştür⁴⁴³.

Disiplin cezası verilebilmesi için ceza mahkemesi kararının beklenmesi askeri disiplin hukukunun niteliğiyle bağdaşmaz. TSK'nın iç düzenini bozan fiillerin en kısa sürede yaptırıma tabi tutulması esastır. Bu bakımdan asker kişi hakkında sadece soruşturma açılmış olması halinde disiplin işlemlerinin başlatılması ve ceza mahkemesindeki yargılama sonuçlanmadan disiplin cezası verilebilmesi mümkün ise de⁴⁴⁴, disiplin amiri aynı zamanda konusu suç teşkil eden bir fiile yaptırım uygularken, disiplinsizliğin olup oluşmadığı konusunda tereddüt yaşıyorsa ceza mahkemesi kararını beklemeli, çıkacak sonuca göre işlem tesis etmelidir. Zamanaşımı hükümleri yetkili makamları bu konuda sınırlandırmaktaysa da, TSK D.K. disiplin amirine DMK'da bulunmayan ve oldukça önemli bir yetki tanımıştır. TSK D.K. madde 39/4'e göre *"Fiilin disiplin cezasını gerektirdiği savcılık, mahkeme, disiplin kurulu tarafından anlaşılırsa, yukarıdaki fıkralarda belirtilen zamanaşımı süreleri, bu konu ile ilgili karar veya hükmün kesinleşerek evrakın yetkili makama iade edildiği tarihten itibaren başlar."* Buna göre disiplin amiri zamanaşımı kurallarına bağlı kalmaksızın ceza mahkemesi kararını bekleyebilir. Mahkeme kararının kesinleşmesi üzerine disiplin amirinin bir ay içerisinde disiplin soruşturması başlatması ve disiplin yaptırımı uygulaması mümkündür. Bu yetkinin kötüye kullanılmasını engellemek adına, söz konusu yetkinin ancak disiplinsizliğin olup oluşmadığı konusunda tereddüt yaşıyor olması ve fiilin işleme biçiminin de bu tereddüdü haklı kılması halinde kullanılabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

varıldığından..." D12D, E. 1995/836 K. 1997/846, K.T. 08.04.1997; D10D., E. 1987/1721, K.T. 27.10.1987, DD, Y. 2012, S. 131; D12D., E. 2009/3360, K. 2012/3969, DD, Y. 2012, S. 131.

⁴⁴¹ KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 64.

⁴⁴² ULUSOY, s. 155.

⁴⁴³ D10D., E. 1988/1621, K. 1989/1182, K.T. 31.05.1989, DD, S. 76-77, s. 741.

⁴⁴⁴ AYM, B.N. 2013/3170, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195.

Aksi durumda yaptırım uygulama yetkisinin zamanaşımına uğradığından bahsedilecektir.

Disiplinsizliğin oluştuğunun mahkeme kararıyla ortaya çıktığı veya disiplinsizliğin disiplin amirinin yetkisine girdiğinin disiplin kurulunun kararıyla tespit edildiği durumlarda ise üst zamanaşımı süreleri işlemeye devam edecektir. Çünkü 2 yıl ve 5 yıllık zamanaşımı süreleri fiilin işlendiği tarihten itibaren başladığından ceza mahkemesi kararı beklenirken bu süreler işleyecektir.

D. KONU UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

İdari işlemin konu unsuru, onun doğurduğu hukuki sonuç, hukuk âleminde meydana getirdiği değişikliktir⁴⁴⁵. Bu bakımdan asker kişilere uygulanan ve idari işlem niteliğinde olan disiplin yaptırımlarının ortak konu unsuru, asker kişinin disiplin ceza puanının etkilenmesi, cezanın ağırlığına göre hakkında tesis edilecek idari işlemlerin etkilenmesi ve bu yollarla kişiler üzerinde caydırıcı/bastırıcı bir etki sağlanmasıdır. Bunun dışında her yaptırım çeşidi kendi içerisinde özel bir konu unsuru taşımaktadır. Sözgelimi aylıktan kesme cezasının konu unsuru asker kişinin aylığından bir miktar kesinti yapılması iken, hizmetten men cezasının konu unsuru erbaş/erin askerlik süresinin uzamasıdır.

1. Disiplin Yaptırımlarının Konu Unsurunda Takdir Yetkisi

TSK D.K. disiplin amir ve kurullarına disiplin ceza kararı alırken belli ölçülerde takdir yetkisi vermiştir. Disiplin Kanunu’nun 14/3’üncü maddesinde “*Disiplin amirleri, uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarını gerektiren disiplinsizliklerinden dolayı personeline disiplin cezası vermeyebilir.*” hükmü bulunmaktadır. Aynı Kanun’un 8/1’inci maddesinde ise “*Disiplinsizliği tespit edilen personele disiplin amiri tarafından bu Kanundaki esaslara uygun olarak disiplin cezası verilir.*” hükmü göz önüne alındığında, Kanun’un 14/3’üncü maddesinde belirtilmiş olan disiplin cezalarının haricindeki aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve ayırma cezası gerektiren disiplinsizlikler nedeniyle asker kişiye ceza verilmesinin zorunlu olduğu, uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli

⁴⁴⁵ GÜNDAY, 2002, s. 143.

devam cezalarında ise ceza vermeme konusunda takdir hakkının bulunduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Disiplin amir ve kurullarının bazı disiplinsizliklere yaptırım uygulamamanın yanında bazı disiplinsizliklerde bir derece hafif ceza uygulamasına gitme ve yaptırım miktarının alt ve üst sınırlarını belirleme konusunda da takdir yetkisine sahiptir.

Disiplin amirinin aylıktan kesme cezası verme konusunda takdir yetkisi bulunmasa da, bu konuda bir derece hafif ceza verme uygulamasına gidebilir. Ancak aylıktan kesme cezası yerine bir derece hafif ceza uygulaması kapsamında hizmete kısmi süreli devam cezası vereceği hallerde, bu cezayı verme konusunda takdir yetkisi bulunduğundan bahisle ceza vermeme yoluna gidemez. Çünkü ceza vermeme konusundaki takdir yetkisi, bir nevi hizmet düzenini bozan fiilleri affetme yetkisidir. Bu yetki ise sadece uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren disiplinsizlikler içindir. Bu nedenle aylıktan kesme cezasını gerektiren bir fiile takdir yetkisi kapsamında yaptırım uygulanmaması mümkün değildir.

Aynı gerekçe ile, hizmete kısmi süreli devam cezası gerektiren bir fiile, tekrür nedeniyle (TSK D.K. m. 14/1), bir derece ağır ceza olarak aylıktan kesme cezasının verileceği durumlarda da, hizmete kısmi süreli devam cezası gerektiren bir fiile yaptırım uygulanması zorunlu olmadığından, yaptırım uygulamama yoluna gidilebilecektir.

Disiplin amirleri erbaş ve erlere verilecek izinsizlik ve ilave hizmet yükleme cezalarında erbaş ve erin olumlu hizmet safahatını dikkate alarak disiplin cezası vermeyebilir. Ayrıca erbaş ve erlere verilecek hizmetten men cezasında disiplin amirleri erbaş ve erin olumlu hizmet ve disiplin safahatını göz önüne alarak disiplin kuruluna sevk etmeyip yetkisi dâhilindeki izinsizlik veya ilave hizmet yükleme cezalarından birisini de verebilir. Bu ihtimalde disiplin amirinin yaptırım uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Erbaş ve erlere disiplin amirleri tarafından verilebilecek cezalardan olan izinsizlik ve ilave hizmet yükleme cezalarının hangi disiplinsizliklere uygulanacağına ilişkin TSK D.K.'da bir ayırım yapılmadığından erbaş ve erlerin işleyeceği tüm disiplinsizliklerde amirlerin iki cezadan birisini verme konusunda

takdir yetkisi bulunmaktadır. Disiplin amirleri hizmet yerini terk etme cezasını gerektiren bir disiplinsizliği işleyen personele daha ağır ceza verilmesini istiyorsa veya disiplinsizliğin mağdurunun kendisi olduğu gerekçesi ile ceza verme yoluna gitmeyi tercih etmediği durumlarda personeli disiplin kuruluna sevk edebilecektir.

TSK D.K. m. 6, takdir hakkının ölçülü, adaletli ve hakkaniyetli ve objektif sınırlar içerisinde kullanımına ilişkin bir takım kurallar getirmiştir. Özellikle 3'üncü fıkra ile takdir hakkı kullanılırken göz önüne alınacak hususlar belirtilmiş olup disiplin amirinin takdir yetkisini keyfi olarak kullanmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda disiplin amiri ceza verme, ceza vermeme, disiplin kuruluna sevk etme, bir alt derece ceza verme, TSK D.K. madde 8/2'deki kıyas yetkisini kullanma gibi takdir hakkının bulunduğu işlemlerde, takdir yetkisini kullanırken disiplinsizliğin işleniş biçimi, işlendiği yer ve zaman, hizmete olumsuz etkisinin ağırlığı, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, kusurun ağırlığı, asker kişinin önceki disiplin durumu⁴⁴⁶ ve gösterdiği pişmanlığı göz önüne alacak ve gerekçeli kararında da bu hususları kullanacaktır. Takdir hakkının kullanımına ilişkin bu hususlar, Türk Ceza Kanunu'nun "cezaların belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi" konusunda getirdiği ölçütler dikkate alınarak (madde 6 ve 62) belirlenmiştir.

TSK D.K. amir ve kurullarının takdir yetkisini, emir verme yetkisini haiz hiyerarşik üstlere karşı korumak amacıyla, özel bir koruyucu hüküm getirmiştir. Buna göre *"İtiraz üzerine yetkili makamlar tarafından verilen kararlar hariç olmak üzere, hiçbir idari makam tarafından, disiplin cezası ile ilgili takdir hakkının kaldırılması sonucunu doğuran bir karar verilemez veya uygulama yapılamaz."* Bu kapsamda, disiplin amir veya kurullarına, kendi amirleri tarafından takdir hakkını kısıtlayıcı sonuç doğuran bir emir verilmesi halinde bu emir hukuka aykırı olacaktır. Ancak hukuka aykırı emir konusunda İç Hizmet Yönetmeliğinin *"ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder."* hükmü dikkate alındığında, hukuka aykırı olan böyle bir emre disiplin amiri uymak zorunda mıdır? Kanaatimize göre, asker kişiye hak ettiğinden fazla disiplin cezasının

⁴⁴⁶ İç Hizmet Yönetmeliği Madde 23: *Amirler icabında hükmedecekleri cezanın cins ve miktarını yalnız yapılan yolsuzluğun ve kabahatin derecesi ile ölçmemeli, astın itaate nizam ve intizama itiyadını göz önüne koyarak onun istidat, ruhi hâletini de hesaba katarak tâyin etmelidir. Bu iş âmirlerden maharet ve cesaret ister.*

verilmesini istemek AsCK m. 115'deki “*Memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması*” suçunu, böyle bir emri yerine getirmek ise AsCK m. 111'deki “*Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası*” suçunu oluşturabileceğinden, Anayasa'nın “*Kanunsuz emir*” başlıklı 137'inci maddesi gereği konusu suç olan bu emre uymamak hukuki bir sorumluluk gerektirmeyecektir.

2. Takdir Hakkının “Ölçülü, Adaletli ve Hakkaniyetli” Bir Şekilde Kullanılması

TSK D.K. m. 6/1'e göre, disiplin cezası vermeye yetkilendirilmiş kişi ve kurulların asker kişilere karşı yaptırım uygulama yetkisini kullanılırken “ölçülü, adaletli ve hakkaniyetli” olmaları esas alınmıştır. Aynı zamanda Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi, disiplinsizlik ile disiplin cezası arasındaki adil dengeyi gerektirir⁴⁴⁷. Yaptırım uygulama konusunda “*hukukun genel ilkesi*” niteliğinde olan ölçülülük ilkesi TSK D.K. ile askeri disiplin hukukunda pozitif dayanak bulmuştur.

Bir asker kişi tarafından işlenen disipline aykırı bir fiil ile bu fiile uygulanan yaptırım arasında *adil bir dengenin* bulunması disiplin hukukunun temel ilkelerinden birisidir⁴⁴⁸. Danıştay kararlarında ölçülülük ilkesi “*adil denge*”, “*gerekli denge*”, “*adil bir oran*” ve “*fiil ile ceza arasında uyum*” kavramları kullanılarak uygulama alanı bulmaktadır⁴⁴⁹. TSK D.K.'da ise disiplin cezası uygulanması ile ilgili takdir hakkının “*ölçülü, adaletli ve hakkaniyetli*” bir şekilde kullanımına ilişkin getirilen ölçüt Danıştay kararlarındaki “*adil denge*” ölçütüne işaret etmektedir. Bu denge kurulurken, özellikle takdir hakkının kullanımında göz önünde bulundurulması gereken hususlara (TSK D.K. m. 6/3) ve dolayısıyla somut olaya⁴⁵⁰ göre karar vermek gerekecektir.

⁴⁴⁷ Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, **Türk idare Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 606, DEĞİRMENCI/TANRIVERDİ, s.121.

⁴⁴⁸ ASLAN, s. 59.

⁴⁴⁹ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 71; BAŞA/YILMAZ, s. 28; “*Davacının işlemiş olduğu fiil ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiği...*” D12D., E. 2009/6013, K. 2012/1684, DD, Y. 2012, S. 130.

⁴⁵⁰ “*... davacı öğrencinin üstüne atılı disiplin suçunun işleniş koşullarına, oluş biçimine ve sonuçlarına göre hakkında verilen disiplin cezasının ağır olduğunun anlaşıldığı...*” D8D., E. 1981/1718, K. 1982/1095, K.T. 11.10.1982, DD, Y. 13, S. 50-51, 1983, s. 344.

Danıştay, “Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yaratacağı olumsuzlukların ağırlığına göre disiplin cezası verilmesi; diğer bir deyişle cezanın suç ile orantılı olması gerekmektedir. Orantılılığın bir yandan kanunda suç tipi olarak belirlenmiş olan eylem ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması, ... diğer yandan ise hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliğinin zorunlu bir sonucu olarak farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması şeklinde sonuçları bulunmaktadır. Kamu görevlisinin işlediği disiplin suçu karşılığında niteliği itibarıyla o suç için öngörülenden daha ağır bir disiplin cezası ile cezalandırılması durumunda "eylemin ağırlığına göre cezalandırma", diğer bir deyişle "orantılılık" ilkesi ihlal edilecektir.” gerekçesiyle kınama cezası gerektiren bir disiplinsizliğe “24 ay uzun süreli durdurma cezası” verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁵¹

Ölçülülük ilkesi; “elverişlilik” , “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır⁴⁵². AYM’ye göre ölçülülük ilkesiyle, “... başvuru aracı, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması anlatılmak istenmektedir.”⁴⁵³ Bu noktadan hareketle disiplin amiri, disiplin yaptırımı uygulamasının disiplinin sağlanması için elverişli olduğu, disiplini sağlamak için elzem bulunduğu ve disiplini sağlayacak ölçüde uyguladığı nispette ölçülülük ilkesine uygun hareket etmiş olacaktır⁴⁵⁴. İdari yargı hâkimi ise, asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımlarında, ihlal ile yaptırım arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığı yönüyle işlemi denetlemenin yanında, söz konusu

⁴⁵¹ D12D., E. 2003/3174, K. 2006/6690, K.T. 26.12.2006, <http://www.kararara.com/danistay/12d/danistay7617.htm>, E.T. 22.01.2015; D8D., E. 1995/3680, K. 1997/3928, K.T. 11.12.1997, DBM; “... dava konusu disiplin cezası ile cezalandırılması işlemi, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunmadığından hukuka aykırı bulunmuştur.” D8D., E. 1998/4988, K. 1998/3015, K.T. 12.10.1998, DBM; “Olayda ticaret yapan ve kazanç getirici faaliyette bulunan davacının kusurlu eylemi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık yok ise de, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması disiplin hukukunun gereğidir.” D8D, E. 1994/7699, K. 1996/3386, K.T. 25.11.1996, Kazancı; “Bir memur hakkında takdir edilen disiplin cezası ile, ilgilinin eylemi arasında adil bir denge bulunması ilkesi disiplin hukukunun temel ilkelerindendir.” D8D, E. 1995/3680, K. 1997/3928, K.T. 11.12.1997, Kazancı.

⁴⁵² Yücel OĞURLU, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 36 vd.

⁴⁵³ AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.1.1991; AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, K.T. 17.1.2013, RG: 23.01.2013-28537; AYM, E. 2013/158, K. 2014/68, K.T. 27.03.2014.

⁴⁵⁴ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.122.

idari yaptırımın sebep unsuru, konu unsuru ve amaç unsuru bakımından “gerekli” olup olmadığını da denetleyecektir. Hizmet içi düzenin bozulmasının önüne geçilerek sağlanacak kamu yararı ile asker kişinin özel yararı arasındaki dengeye dikkat edilmemişse ya da bu denge ölçüsüz bir şekilde kurulmuşsa idari yaptırım içeren işlem hukuka aykırı hale gelecektir⁴⁵⁵.

Orantılılık ilkesi özellikle TSK D.K.’nın 8’inci maddesi uyarınca kıyas yetkisinin kullanılmasında ve bölünebilir cezalar bakımından ise temel cezanın tespitinde önem kazanmaktadır⁴⁵⁶. Her disipline aykırı fiil hizmet düzenini bozduğu ölçüde ağır yaptırıma tabi tutulur. Bu bakımdan hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, hizmetten men, oda hapsi ve izinsizlik cezaları nispi olup disiplinsizliğin ağırlığına göre ölçülü bir şekilde gün üzerinden verilecektir. Kıyas yetkisi kullanılırken ise, söz konusu disiplinsizliğin kanunda tanımlanan bir disiplinsizliğe “niteliği ve ağırlığı itibariyle” benzer olması şartını aramak, kanunda tanımlanmayan ancak disiplini bozan bir fiilin orantılı bir yaptırıma tabi tutulmasını sağlamak içindir. Basit nitelikli bir fiile kıyas yetkisi kullanılarak ağır bir disiplin yaptırımı uygulanması ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, hizmetten men, oda hapsi ve izinsizlik cezaları nispi olup disiplinsizliğin ağırlığına göre gün üzerinden verilecektir. Ancak disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminde disiplin amiri ve kurulları tarafından verilen cezaların miktarları ne olursa olsun aynı disiplin ceza puanı alınmasına sebep olmaktadır. Asker kişiye verilen 2 günlük hizmete kısmi süreli devam cezası 2 puan alınmasına sebep olacak iken 10 günlük hizmete kısmi süreli devam cezası da 2 puan alınmasına neden olacaktır. Yapılan bu düzenleme ceza puanına bağlı olarak verilecek ayırma cezalarını ölçülülük ilkesine aykırı kılmakta hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

⁴⁵⁵ OĞURLU, Ölçülülük İlkesi, s. 91-92; “Disiplin suçu işlediği usulüne uygun yapılan soruşturma ile belirlenen kamu görevlisinin işlediği disiplin suçunun ilgili disiplin mevzuatının hangi disiplin kuralını ihlal ettiği açık bir şekilde ortaya konulmalı ve karşılığında yetkili makamlarca o suç için öngörülen disiplin cezası ile cezalandırılmaları gerekir. Kamu görevlisinin “Hak arama özgürlüğünü” kullanarak disiplin cezasının iptali istemiyle dava açması durumunda yapılacak yargılamanın “Adil yargılanma” ilkesine uygun bir şekilde yürütülebilmesi için “Eylemin ağırlığına göre cezalandırma” ilkesinin disiplin cezası verilmesi aşamasında gözetilmesi zorunludur.” D12D., E. 2003/3174, K. 2006/6690, K.T. 26.12.2006, <http://www.kararara.com/danistay/12d/danistay7617.htm>, E.T. 22.01.2015.

⁴⁵⁶ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.122.

Bir fiilin birden fazla disiplinsizliği oluşturması halinde ağır olan yaptırımın uygulanması ölçölölük ilkesine aykırı olmayacaktır. Bunun yanında disipline aykırı fiilin kanunda tanımlanan disiplinsizliklerden hangisini oluşturduğu yönünde yetkili makamlarca yapılan hatalı nitelendirme, uygulanacak yaptırımı konu unsuru bakımından sakatlamamanın yanında ölçölölük ilkesine aykırılıktan dolayı da hukuka aykırı hale getirecektir. Danıştay, “*Ancak, davacının eylemi yönetmeliğin 7/a maddesinde belirtilen kusurlu harekete girdiğinden bu eylemin karřılığđ olarak da kınama cezası verilmesi gerekirken, dava konusu disiplin cezası ile cezalandırılması işlemi; eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunmadığından hukuka aykırı bulunmuştur.*” gerekçesi ile davacıya aylıktan kesme cezası uygulanmasını ölçölölük ilkesine aykırı bulmuřtur⁴⁵⁷.

3. Bir Derece Hafif Yaptırım Uygulanması Konusunda Disiplin Amirlerinin Takdir Yetkisi

Disiplin amirleri disiplin cezası vereceğđ kişilerin olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile eylemin niteliğini göz önüne alarak, takdir yetkisi kapsamında, işlenen disiplinsizliğe kanunda karşılık gelen cezayı verebileceğđ gibi bir derece hafif ceza uygulamasına da gidebilir (m. 14). Bir derece hafif ceza uygulaması ile amaçlanan: “*başarılı elemanların bir suç işlemeleri durumunda kuralları çiğneyenleri alışkanlık haline getirenler karşılık daha hafif ceza verilerek, mesleğē kazandırılmaları*(dır)”⁴⁵⁸. Bir derece hafif ceza uygulaması asker kişiler bakımından daha önce gösterdikleri olumlu hizmet, sahip oldukları olumlu sicil⁴⁵⁹ ve disiplin durumları ile işledikleri eylemin niteliğđ dikkate alınarak uygulanabilir. Erbaş ve erler ile askeri öğrenciler bakımından ise sadece olumlu hizmet ve disiplin durumları dikkate alınarak bir derece hafif ceza uygulamasına gidilecektir⁴⁶⁰. Bir derece hafif ceza uygulaması TSK D.K. m. 11’de ağırlık derecelerine göre sıralanan disiplin cezalarından sıralama bakımından bir önceki sırada ifade edilen disiplin cezasının

⁴⁵⁷ D8D., E. 1998/4988, K. 1998/3015, K.T. 12.10.1998, DBM.

⁴⁵⁸ D8D., 1399/1677, K.T. 28.10.1991 (Nakleden: DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 205).

⁴⁵⁹ Yargı organları disiplin cezası verilen personelin olumlu sicile sahip olup olmadığını dava sırasında incelemeli ve disiplin amirinin bir derece hafif ceza uygulamasındaki takdir yetkisini bu açıdan denetlemelidir.

⁴⁶⁰ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.200.

uygulanması anlamına gelirken, miktar bakımından en alt sınırdan bir ceza verilmesini ifade etmemektedir⁴⁶¹.

DMK m. 125/3'e göre "*Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarını olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.*" TSK D.K. m. 14/2'ye göre ise, "*Disiplin amirleri, personelin; olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile eylemin niteliğini göz önüne alarak bir derece hafif ceza uygulayabilir.*" Madde metinlerindeki "uygulanabilir" ifadesi dikkate alınırrsa burada yetkili makamlara bir derece hafif ceza uygulaması konusunda takdir yetkisi verildiği sonucuna ulaşılabilir. Bu bakımdan bir derece hafif ceza uygulamasında, gerekçesinin gösterilmesi şartıyla, idarenin takdir yetkisi bulunduğuundan bahsedilebilir⁴⁶².

Danıştay'ın yerleşik içtihatları, geçmiş çalışmalarını olumlu olan memura bir derece hafif ceza uygulaması zorunlu olmasa bile bu hususun kararda tartışılmış olması ve bir derece hafif ceza uygulamasına neden gidilmediğinin gerekçeleriyle ortaya konulması gerektiği yönündedir. Mahkeme bir derece hafif ceza uygulamasına neden gidilmediğinin ortaya konulmadığı ceza kararlarını bozmaktadır⁴⁶³. Ancak Danıştay DDK ise bir kararında "*Öte yandan Yönetmeliğin 16. maddesinde yer alan "iyi hâlin değerlendirilmesi" başlıklı hükmün, davacının işlediği fiilin niteliği göz önüne alındığında uygulanması gerekli bulunmadığından Yönetmeliğin 16. maddesinin değerlendirilmesi yolunda verilen iptal kararında hukuki isabet görülmemiştir.*" gerekçesi ile fiilin niteliğini dikkate alarak iyi halin değerlendirilmesi

⁴⁶¹ "*Davalı idarece davacının eyleminin 3 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirdiği tespit edilmekle birlikte, geçmiş hizmetleri göz önüne alınarak 3 yıl yerine 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi yoluna gidildiği görülmektedir. Oysa bir alt ceza, disiplin cezası olarak memurun fiiline uyan cezanın alt sınırı olmayıp, 657 sayılı Yasadaki sıralamaya göre bir derece hafif olan cezadır.*", D8D., E. 1994/7701, K. 1996/2345, K.T. 30.09.1996, Kazancı.

⁴⁶² KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 74; DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.200; ASLAN, s. 53.

⁴⁶³ "*Disiplin cezaları verilirken bir alt cezanın uygulanması hususunda idarenin takdir yetkisi bulunmakta ise de, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurulların takdir yetkisini kullanırken öncelikle; ilgililerin geçmiş hizmetleri ile sicil durumlarına göre bir alt ceza ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda bir değerlendirme yapmaları ve bu değerlendirmenin sonucuna göre ceza vermeleri gerektiği...*" DİDDK, E. 2007/1200, K. 2011/268, K.T. 21.04.2011, DD, Y. 2012, S. 129.

gerektiği gerekçesi ile verilen iptal kararının bozulması gerektiğine karar vermiştir⁴⁶⁴.

Bir derece hafif ceza uygulamasında her ne kadar madde lafzından yetkili makamlara takdir yetkisi verildiği sonucuna ulaşılsa da, memurun görevindeki başarısı nedeniyle aldığı “*ödül veya başarı belgesi*”, asker kişilerin “*sicil ve disiplin safahatı*” objektif olarak tespit edilecek bir husus olduğundan, ödül veya başarı belgesi alan memur ile olumlu sicil ve disiplin safahatı bulunan asker kişi hakkında yetkili makamların bu uygulamaya gitmesini karine olarak kabul etmek gerekir. Bu bakımdan niteliği uygun personel hakkında bir derece hafif ceza uygulanması konusunda bir karine vardır ve disiplin amiri bu uygulamaya gitmeyecekse gerekçeli kararında bu karineyi çürütmeli, neden bu uygulamaya gitmediğini doyurucu gerekçelerle ortaya koymalıdır⁴⁶⁵. Özellikle disiplin amirlerinin hizmetin gereklerine uygun nedenler bulunmadan ve bu nedenleri gerekçede göstermeden bir derece hafif ceza uygulamasına gitmemeleri işlemi hukuka aykırı hale getirecektir. Nitekim Danıştay’da başarılı ve olumlu sicil sahibi olan personele bir derece hafif ceza uygulanmaması durumunda bunun gerekçelerinin açıklanmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir⁴⁶⁶.

TSK D.K. madde 14/2’de düzenlenen bir derece hafif ceza uygulaması, sadece disiplin amirleri tarafından verilecek tüm disiplin cezaları için geçerlidir. Disiplin amirleri personelin olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile eylemin niteliğini göz önüne alarak bir derece hafif ceza uygulamasına gidebilir. Disiplin kurullarının ise bir derece hafif ceza uygulamasına gitme yetkisi bulunmamaktadır.

TSK D.K. madde 14/1 kapsamındaki bir derece ağır ceza verme uygulaması her ne kadar bağlı yetki niteliğinde olsa da, bu husus madde 14/2’deki bir derece hafif ceza uygulamasına gidilmesine engel değildir. Buna göre, personelin tekerrür nedeniyle arttırılan cezası, personelin olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile

⁴⁶⁴ DİDDK, 646/1119, K.T. 09.11.2000, (Nakleden: DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 201. dn. 322).

⁴⁶⁵ “...bir derece hafif disiplin cezasının verilmesi koşullarının tartışılması gerekirken bu yapılmaksızın tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. D12D., 2310/3576, K.T. 30.10.2001, (Nakleden: DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s. 201, dn. 321).

⁴⁶⁶ D8D, E. 1991/1399, K. 1991/1677, K.T. 28.10.1991, <http://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1991-1399-k-1991-1677-t-28-10-1991-danistay-8-daire-karari/618617/>. E.T. 23.01.2014.

eylemin niteliğini göz önüne alınarak bir derece hafif ceza uygulamasına gitme yetkisi (m.14/2) kapsamında bir derece (kanundaki gerçek karşılığına) indirilebilecektir.

4. Disiplin Yaptırımlarının Ağırlaştırılması Konusunda Disiplin Amirlerinin Takdir Yetkisi

Daha önce bir disiplinsizlik işlediğinden dolayı hakkında disiplin yaptırımı tesis edilen asker kişinin belli süreler içinde yeni bir disiplinsizlik işlemesini ifade eden tekerrür nedeniyle yaptırımın ağırlaştırılması müessesesi, ilk defa disiplinsizlik işleyen asker kişinin ikincisini işlemesini engellemek ve tehlikeli disiplinsizliklere karşı Silahlı Kuvvetleri koruma amacına dayanmaktadır.

TSK D.K m. 14/1 ile hem özel hem de genel tekerrür hali düzenlenmiştir. Yaptırım uygulanacak en son disiplinsizliğin işlendiği tarihten geriye doğru son iki yıl içerisinde aynı disiplinsizlikten (disipline aykırı aynı fiil veya hal) dolayı ceza alınmış ise bir derece ağır ceza uygulamasına gidilmesi zorunludur. Özel tekerrür olarak adlandırılan bu sistemde yaptırımın ağırlaştırılması için önceki disiplinsizlik ile daha sonra gerçekleşen disiplinsizliğin aynı nitelikte olması gerekir. İşlenen disiplinsizlik öncekiyle aynı mahiyette değilse bu disiplinsizlik tekerrüre esas alınmayacaktır⁴⁶⁷.

Yaptırım türünün tekerrürünü esas alan bir diğer ağırlştırma uygulamasında ise (genel tekerrür), birbirinden farklı disiplinsizlikleri nedeniyle hakkında bir yıl içerisinde ikinci defa aynı tür disiplin yaptırımı uygulanan personele verilecek üçüncü yaptırım bir derece ağırlaştırılacaktır. Burada tekerrüre “aynı derece ceza” esas alınmıştır. Şartlarının oluşması halinde, yaptırımın veya disiplinsizliğin tekerrürünü esas alıp yaptırımı ağırlştırma konusunda yetkili makamların takdir yetkisi bulunmamaktadır⁴⁶⁸.

Bir derece ağır ceza uygulaması kapsamında, hizmet yerini terk etmeme cezasının veya bu cezaya neden olan disiplinsizliklerin tekerrürü halinde, bir derece

⁴⁶⁷ Abdullah UZ, “Disiplin Hukukunda Tekerrür ve Tekerrüre Bağlanan Hukuki Sonuçlar Üzerine Farklı Bir Yaklaşım”, DEÜHFD, C. 15, S. 1, 2013, s. 82.

⁴⁶⁸ DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.198.

ağır ceza olarak Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilemeyecektir. Bu nedenle hizmet yerini terk etmeme cezası ile bu cezaya neden olan fiiller özel veya genel tekerrüre esas alınamayacaktır.

Tekerrür nedeniyle bir derece ağır cezanın uygulanabilmesi için ilk eylemden sonra disiplin kovuşturması yapılmış ve disiplin cezası verilmiş olması gerekir. Disiplin cezası verilmeden önce disipline aykırı fiilin birkaç kez tekrarlanmış olması tekerrür kapsamına girmez⁴⁶⁹. Genel veya özel tekerrür halinde daha önce verilen yaptırımların kesinleşmiş olması şart olup, disiplinsizliğin işlenip de takdir hakkı çerçevesinde yaptırımsız bırakıldığı durumlarda da bu uygulamaya gidilemez.

Yaptırımın ağırlaştırılması uygulamasında bir ve iki yıllık süreler oldukça önemlidir. Şöyle ki, disipline aykırı fiilin tekerrürünü esas alan özel tekerrürde, disiplinsizliğin işlendiği tarihten geriye doğru iki yıl içinde aynı disiplinsizliğin işlenmiş olması gerekir. Bu usulde disipline aykırı fiil esas alındığı için, ilk fiilin son işlenen fiilden geriye doğru iki yıl içerisinde işlenmiş olması gerekir. İlk işlenen fiil son işlenen aynı fiilden iki yıldan fazla süre önce işlenmiş ancak bu fiile ilişkin disiplin cezası geçmiş iki yıllık süre içerisinde verilmiş ise artık bu disiplinsizlik özel tekerrüre esas alınamayacaktır. Cezanın tekerrürünü esas alan genel tekerrürde ise bir yıllık sürenin hesabında fiillerin işlendiği değil cezanın verildiği tarih dikkate alınacaktır.

Bir derece hafif ceza uygulamasında, esas alınan disipline aykırı fiil veya yaptırım türü değil fiili işleyen kişinin niteliğidir. Bu nedenle, hakkında bir derece hafif ceza uygulanan disiplinsizlik bir alt derece cezayı gerektiren fiillerle birlikte özel tekerrüre konu olamaz. Bu durumda disiplinsizlik gerçek karşılığındaki yaptırım çeşidini gerektiren disiplinsizliklerle özel tekerrüre konu olacaktır.

Genel tekerrürde ise, asker kişiye verilen yaptırım çeşidi dikkate alındığından bir derece hafif ceza uygulamasına gidilmiş ise, verilmesi gereken asıl yaptırım türü değil verilen bir derece hafif yaptırım türü genel tekerrürde dikkate alınmalıdır⁴⁷⁰. Ancak doktrindeki bir görüşe göre, bir derece alt ceza uygulamasında genel tekerrüre esas alınacak olan verilen alt dereceli yaptırım çeşidi değil fiilin gerçek karşılığındaki

⁴⁶⁹ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 73; ASLAN, s. 52.

⁴⁷⁰ Aksi yönde bkz: DEĞİRMENCI/TANRIVERDİ, s.198; UZ, s. 94.

yaptırım çeşididir⁴⁷¹. Ancak (TSK D.K.’nın lafzında da bulunan⁴⁷²) DMK’nın lafzından “uygulanan ceza” ile “verilecek ceza” ayrımı⁴⁷³ gibi zorlama bir yorum geliştiren yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü, uygulamanın bu şekilde yapılması halinde bir derece hafif ceza uygulaması genel tekerrürde personel lehine değil aleyhe sonuç doğurmuş olacaktır. Ayrıca TSK D.K.’da uygulanan disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi açısından ise, “verilen ceza” ile “uygulanan ceza” ayrımının kabul edilmiş olması durumunda asker kişi daha fazla disiplin ceza puanı almış olacaktır. Bu nedenle kanunun lafzından ulaşılan zorlama bir yorumla kişiler aleyhine sonuç doğuracak bu görüşü kabul etmek mümkün gözükmemektedir.

Askeri disiplin hukukunda uygulanan disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminde yapılan puanlamada, bir derece hafif ceza uygulamasında disiplinsizliğin gerçek karşılığı olan yaptırım değil bir derece hafif olan yaptırım dikkate alınacak, tekerrürde ise disiplinsizliğin gerçek karşılığı olan hafif yaptırım çeşidi değil ağırlaştırılan yaptırım çeşidi dikkate alınacaktır⁴⁷⁴.

Disiplinsizliklerin ve yaptırım türlerinin esas alındığı ağırlaştırma uygulamalarında, tekerrüre esas alınan fiillerin ve tekerrür sonucunda ağırlaştırılan

⁴⁷¹ Yazara göre, “... geçmiş sicillerin iyi olması veya başka hafifletici nedenlerle eyleme karşılık gelen ceza yerine, alt ceza uygulandığı durumlarda tekerrüre esas alınacak cezanın uygulanan ceza değil, eyleme karşılık gelen ceza olması gerektiği düşünülmektedir.” UZ, s. 94.

⁴⁷² TSK D.K m. 14/1’de özel ve genel tekerrür hali için “... Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası hariç, bir derece ağır ceza verilir.” ibaresi kullanılmış, bir derece hafif ceza uygulaması için ise “TSK D.K m. 14/2: “Disiplin amirleri, personelin; olumlu hizmet, sicil ve disiplin safahatı ile eylemin niteliğini göz önüne alarak bir derece hafif ceza uygulayabilir.” ibaresi kullanılmıştır.

⁴⁷³ DMK 125/2’de özel tekerrürde “bir derece ağır ceza uygulanır.” ibaresi, genel tekerrürde “bir derece ağır ceza verilir.” ibaresi kullanılmış, bir derece hafif ceza uygulamasında ise, DMK m. 125/3: “Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir.” ibaresi kullanılmıştır. Yazara göre bir derece hafif ceza uygulamasında gerçekten verilen ceza fiilin gerçek karşılığı olan ceza olup sadece uygulanan ceza bir derece hafif cezadır.

⁴⁷⁴ Devlet Personel Başkanlığına göre, **aynı fiil veya halin tekerrüründe (özel tekerrür) fiile ilişkin ceza değişmemekte, ancak uygulama bir ağır ceza yönünde olmaktadır.** Bu durumda, tekerrür nedeniyle bir derece ağır ceza uygulanmakla birlikte, ilgiliye verilen ceza, tekerrüre esas fiilin karşılığı olarak kanunda belirlenen cezadır. Dolayısıyla tekerrürde kişiye verilen ceza değişmemekte, sadece bir derece ağır ceza uygulanmaktadır. DPB, 15 sayılı bülten, 29. Sayfa, 30 Eylül 1998; UZ, 97. UZ’un ve Personel Başkanlığının yaptığı bu ayırım DMK’nın lafzına dayanmakta olup askeri disiplin hukuku açısından asker kişilere uygulanan disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminde oldukça lehe bir sonuç doğuracak nitelikte görünse de, TSK D.K. m. 14/1’de düzenlenen tekerrür uygulamasında “uygulama” veya “verme” ayrımı yapılmamış, doğrudan **“bir derece hafif ceza verilir.”** ibaresi kullanılmıştır.

yaptırımın ikinci defa tekerrüre esas alınması mümkün değildir. Örneğin, iki yıl içerisinde aynı disiplinsizliği (saygısız davranmak-uyarma cezası) işlenmesinden dolayı cezası ağırlaştırılan ve kınama cezası alan personelin bu kınama cezasından itibaren bir yıl içerisinde iki defa daha kınama cezası alması halinde, yaptırım türünün bir yıl içerisinde üçüncü kere tekerrüründen dolayı son uyarma cezası ağırlaştırılmaz. Disiplinsizliği esas alan ağırlaştırmada da tekerrüre esas alınan bir fiil tekrar tekerrüre esas alınamaz.

Benzer nitelikte olsalar da farklı disiplin cezasını gerektiren fiiller özel tekerrüre esas alınamazlar. Ayrıca, birden fazla disiplinsizlik hakkında tek bir soruşturma yapılıyor ise, disiplinsizliklerin ve verilen cezaların bu tek soruşturma kapsamında tekerrüre esas alınması veya sırf yaptırımın ağırlaştırılması için ayrı ayrı soruşturma yapıp cezalar kesinleştikten sonra diğer soruşturmaların tamamlanması disiplin hukukunun amacına, hakkaniyete ve orantılılık ilkesine uygun olmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, asker kişilere uygulanan ve yargısal denetime kapalı olan uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarının tekerrüre esas alınarak ağırlaştırılmasının eşitlik ilkesine ve hukuk devleti ilkesine uygunluğudur. DMK açısından, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu dönemde, yargısal denetime kapalı olan cezaların tekerrüre esas alınması nedeniyle DMK'nın tekerrürü düzenleyen hükmü, Anayasa'nın hukuk devleti (m. 2), eşitlik ilkesi (m. 10) ve hak arama özgürlüğünü (m. 36) düzenleyen hükümlerine aykırılığı gerekçesi ile Danıştay 12. Dairesi tarafından itiraz yoluyla AYM önüne götürülmüştür. Ancak itiraz başvurusundan sonra 2010 yılında bu cezalara karşı yargı yolunun açılması üzerine D.12.D.'nin itiraz başvurusunun temel gerekçesi ortadan kalktığından AYM ayrıntılı bir değerlendirme yapmadan itirazın esastan reddine karar vermiştir⁴⁷⁵.

Hukuk devleti adaletli bir hukuk düzeni kurmayı gerektirir. Hakkında yargısal denetim yolu kapalı olan yaptırımların tekerrüre esas alınması, hukuk devletine

⁴⁷⁵ "Uyarma ve kınama cezalarının diğer disiplin cezaları gibi dava konusu edilebilmeleri nedeniyle, bu cezalara konu eylemlerin tekerrürü gözetilerek bir derece ağır ceza uygulanmasında hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti ihlâl edilmediğinden kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." AYM, E. 2010/23, K. 2011/101, K.T. 16.06.2011, RG: 21.10.2011-28091.

aykırı bir uygulama biçimidir. Uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları yargı yoluna kapalı olduğundan bu cezalar hukuka aykırı da olsa kesinleşerek tekerrüre esas alınacak, belki de disiplin ceza puanına bağlı olarak kişi hakkında ayırma cezası tesis edilmesine neden olacak, aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme cezası açısından ise açılacak davalarda verilebilecek iptal kararları nedeniyle tekerrür hali bu cezalar yönünden gerçekleşmeyecek, cezaların tekerrüründe farklılık ortaya çıkacaktır. Bu nedenle de, aynı durumda bulunan asker kişiler hakkında sırf yargısal denetim yasağından dolayı eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama yapılmış olacaktır. Dolayısıyla yargısal denetime kapalı olan disiplin yaptırımlarının tekerrüre esas alınmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda bahsedilen ve itirazın esastan reddedildiği kararında AYM de, bu uygulamanın “*Uyarma ve kınama cezalarının diğer disiplin cezaları gibi dava konusu edilebilmeleri nedeniyle*” hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmış, yargı yolu açılmış olmasa bile bu uygulamanın anayasaya aykırı olmayacağı şeklinde bir değerlendirme yapmamıştır.

E. AMAÇ UNSURU AÇISINDAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARI

1. Disiplin Yaptırımlarının Amaç Unsuru

İdari işlemler genel veya belirli bir kamu yararını hedef alırlar. Bir idari makamı işgal eden kişi veya kişilere tanınan kamu gücü, bu özel veya genel amacın gerçekleşmesini sağlamak içindir⁴⁷⁶. Disiplin yaptırımları ile amaçlanan, hizmet düzeninin korunması, kamu hizmetinin belli bir düzen içerisinde yürütülmesi ve bu yolla da kamu yararının devamlılığının sağlanmasıdır⁴⁷⁷.

AYM disiplin hukukuna ilişkin olarak verdiği bir bireysel başvuru kararında disiplin yaptırımlarının amaç unsurunu şu şekilde ortaya koymuştur: “*Disiplin yaptırımlarının, bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildikleri açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından*

⁴⁷⁶ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2010, s. 140.

⁴⁷⁷ “*Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır.*” AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, K.T. 14.01.2015, RG: 07.04.2015-29319.

*disiplin cezalarının amacı, kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içerisinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile ..." ifadesi de, disiplin cezalarının belirtilen amacını ortaya koymaktadır."*⁴⁷⁸

Disiplin yaptırımlarının amaç unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken önemli hususlarda birisi de, disiplinsizliğin kamu görevlisi tarafından işlenmesi yani idari işlemin sebep unsurunun gerçekleşmesi halinde yaptırım uygulayan makamın siyasi veya kişisel amaçlarla hareket etmesinin alınan disiplin yaptırımı kararını sakatlayıp sakatlamayacağı hususudur. İdarenin yaptırım kararı alma konusunda takdir yetkisinin bulunduğu bir disiplinsizliğin işlenmesi halinde (uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam cezalarını gerektiren disiplinsizliklerde olduğu gibi), takdir yetkisinin yaptırım kararı alma yönünde kullanılması ihtimalinde yetkili makamın siyasi veya kişisel amaçlarla hareket etmesi işlemi amaç unsuru yönünden sakatlayacaktır. Ancak yaptırım kararı alma konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı durumlarda (aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme cezalarını gerektiren disiplinsizliklerde olduğu gibi), yaptırım kararı alan makamın siyasi veya kişisel bir amaçla hareket etmesi (öç alma vb.) işlemi sakatlamayacaktır. Bu ihtimalde işlemin sebebi ve konusu kanunla önceden saptanmıştır. Söz konusu sebep gerçekleşmiş ise, yetkili makam istese de istemese de kanunun belirlediği işlemi yapacaktır. Bu konuda yetkili makamın niyetinin hiçbir önemi yoktur⁴⁷⁹.

2. Disiplin Hukukuna İlişkin Yetkilerin Psikolojik Taciz (Mobbing) Amacıyla Kullanılması

İdareye disiplin hukuku alanında verilen yetkilerin tamamı ileride oluşabilecek disiplinsizlikleri önleme amacına yöneliktir. Asker kişilerin her olumsuz davranışı hakkında disiplin soruşturması başlatılması ve savunmalarının alınması, hukuka aykırı birden çok yaptırım uygulanması halinde asker kişiler psikolojik baskı

⁴⁷⁸ AYM, B.N. 2013/1614, K.T. 03.04.2014.

⁴⁷⁹ Gözler, 2013, s. 369.

altına alınmış olacaktır. Memur disiplin hukukunda mobbing, kamu görevlilerine karşı yürütülen asılsız disiplin soruşturmaları ve cezaları aracılığıyla gerçekleşmektedir. Disiplin hukukuna ait yetkilerin hizmet düzenini sağlamak amacıyla değil psikolojik taciz (mobbing) amacıyla kullanılması halinde, idarenin kusurlu veya kamu görevlisinin şahsi sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Nitekim Danıştay, hukuka aykırı disiplin cezaları sonucunda talep edilen manevi tazminat talebine ilişkin verdiği bir kararında mobbing kavramını kullanmış ve davacının manevi tazminat talebini şu gerekçeler ile kabul etmiştir: “*Tıp Fakültesi öğretim üyesi olan davacıya verilen üç ayrı disiplin cezasının yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler, göreve yargı kararı ile atandığı tarihten itibaren kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıktırma ve yıldırmaya yönelik eylem ve işlemler, manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğu anlaşıldığından, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan davacının manevi zararının tazmini gerekir.*”⁴⁸⁰

Türk hukukunda mobbing ile ilgili ilk yasal düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 417’nci maddesidir. Hükme göre; “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*” İşverenin bu maddeye aykırı davranışları sonucu ortaya çıkan zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi tutulmuştur. Bu madde kapsamında kişilik hakları zarar gören işçiler Türk Borçlar Kanunu’nun 58’inci maddesine göre manevi tazminat talep edebilecektir. Yapılan bu düzenlemeler ile işçinin işyerindeki psikolojik tacizlere karşı hukuki güvence altına alınması konusunda önemli bir adım atılmıştır.

Kamu hukukunda kamu görevlisini psikolojik tacize karşı doğrudan koruyabilecek pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. DMK’nın “*Davranış ve işbirliği*” başlıklı 8’inci maddesine göre “*Devlet memurları, resmî sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene lâyık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar.*” Aynı Kanun’un “*Amir durumunda olan*

⁴⁸⁰ D8D. E. 2008/10606, K. 2012/1736, K.T. 16.04.2012, Kazancı.

devlet memurlarının görev ve sorumlulukları” başlıklı 10 uncu maddesi ise amirlerin memurlarına hakkaniyet ve eşitlik ilkesini dikkate alarak davranması gerektiğini düzenlemektedir. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 17’ye göre, “Amir; maiyetine hürmet ve itimat hisleri verir. Maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur. Amirin maiyetine karşı daima bitarafılık ve hakkaniyeti muhafazası esastır.” İç Hizmet Yönetmeliği m. 14’e göre ise “Amir, maiyetine eşit muamele yapmağa ve haklarında âdil hareket etmeğe mecburdur.” Bu hükümler kamu görevlisi üzerinde kullanılacak yetkilerin vicdana, hakkaniyete ve adalet duygusuna uygun olmasını gerektirmekte ise de, tavsiyeden öteye gidebilecek ve kamu görevlisini koruyabilecek nitelikte düzenlemeler değildirler.

Kamu görevlisini, disiplin hukukuna ait yetkilerin hizmet düzenini sağlama amacı dışında kullanılması ile oluşabilecek psikolojik tacize karşı korunmasının en önemli yolu, disiplin hukuku alanında idareye verilen yetkilerin kanunla düzenlenmesi ve yetkili makamlara oldukça dar bir takdir yetkisi bırakılmasıdır. Disipline aykırı fiiller, yaptırım çeşitleri, cezayı vermeye yetkili makam ile savunma hakkı gibi önemli nitelikte usul kurallarının kanunla düzenlenmesi, idare karşısında kamu görevlisine bir çeşit güvence sağlamaktadır. Memur güvenliği ilkesine aykırı bir disiplin sistemi memurun psikolojik taciz ile karşı karşıya kalmasına sebep olabilecektir.

Sonuçları itibariyle mobbinge dönüşen mesnetsiz disiplin soruşturmaları ve hukuka aykırı disiplin cezaları yargısal denetim yolu kullanılarak ortadan kaldırılabılır. Bunun sonucunda mağdur kamu görevlisinin maddi veya manevi dünyasında meydana gelen zararların tazmini konusunda görevli mahkeme sorununun çözülmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre, mağdurun manevi dünyasında meydana gelen zararın tazmini idareye karşı değil mobbing eylemini gerçekleştiren kişilere karşı adli yargıda Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre açılacak tazminat davası ile talep edilebilecektir. Bunun yanında haksız disiplin cezası kapsamında mağdurun uğramış olduğu maddi bir zarar mevcut ise, söz konusu maddi zararın tazmini de yine hukuk mahkemelerinde açılacak olan maddi tazminat davası ile talep edilebilecektir⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Ümit Güveyi, “Memur Disiplin Hukukunda Mobbing”, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, Yıl: 2013, s. 1477.

Bu görüş her somut olayda geçerli olabilecek nitelikte değildir. İdarenin kamu görevlisi hakkında atama, disiplin cezası, geçici görevlendirme, düşük sicil olmak üzere pek çok hukuka aykırı idari işlem tesis ettiği ve kamu gücünün kullanımına ilişkin bu durumların psikolojik tacize (mobbing) dönüştüğü durumlarda, uğranılan maddi ve manevi zarar idareye karşı açılacak tam yargı davası yoluyla idari yargıda talep edilecektir. Çünkü hukuka aykırı şekilde tesis edilen ve bu nedenle de kusurlu olduğu kabul edilen, sonuç olarak da psikolojik tacize dönüşmek suretiyle kişide elem ve ızdırap yaratan veya kişinin malvarlığında azalma meydana getiren idari işlem ve eylemler hizmet kusurunu oluşturacaktır. Asker kişiler açısından ise, atama, sicil verme, görevlendirme, disiplin soruşturması açma ve yaptırım uygulama gibi yetkilerin sıkça, sistematik bir şekilde ve hukuka aykırı olarak kullanılması halinde mobbing olduğu kabul edilecektir. Askeri hizmete ilişkin kamu gücünün kullanıldığı bu ihtimalde de görevli yargı yerinin AYİM olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Ayrıca amirlerin şahsi tutumları ve olumsuz davranışları ile psikolojik tacizin oluşması halinde de, kişinin amir konumunda bulunmasının kamu görevlisi üzerinde ayrıca oluşturacağı etki, bu eylemlerin hizmet kusuruna dönüşmesine sebep olacaktır. Amirin tavır ve hareketleri ile ortaya çıkabilecek psikolojik tacizde, amir memur ilişkisi içerisinde bulunma, söz konusu eylemleri hizmet kusuruna dönüştürecektir. Ancak kamu görevlisi üzerinde kamu gücü kullanma yetkisine sahip olmayan kişilerce (amir-maiyet ilişkisinin bulunmadığı durumlarda), çalışma ortamında bir baskı kurulması (yatay mobbing), şahsi kusuru ve özel hukuku ilgilendiren bir durumu ortaya koymaktadır.

Yargıtay kamu görevlisine uygulanan ve mobbing oluşturan eylemler nedeniyle açılan tazminat davasında oldukça yerinde bir gerekçe ile görevsizlik kararı vermiştir. Davaya konu edilen olayda, davacı hakkında mesnetsiz disiplin soruşturmaları açılmış, planlı izinleri verilmemiş ve kişi görevine uygun olmayan yerde görevlendirilmiştir. Davacı yaşadığı yoğun stres ve üzüntü nedeniyle bebeğini düşürdüğünü, davalı tarafından sürekli kendisine mobbing (psikolojik baskı) uygulandığını ve bu nedenle zarara uğratıldığını ileri sürerek adliye mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. Yargıtay ise *“Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet*

kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy.K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.... Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın [13/1.](#) maddesi gereğince kamu görevlisi hakkında adli yargı yerinde dava açılmayacağından kast ve kusur aranmaksızın husumet nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir.” gerekçesi ile görevsizlik kararı vermiştir⁴⁸².

Mobbing sonucunda uğranılan manevi zararın giderilmesi amacıyla tam yargı davası açılabilmesi için, mobbing sonucunu doğuran idari işlemlerin hukuka aykırı olması, bu hukuka aykırılığın da mahkeme kararıyla sabit olması ve bunun sonucunda kişinin yaşadığı elem ve ızdırabın, mobbing özelinde uğradığı psikolojik tacizin, belli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. “İdarece tesis olunan bir işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi veya ceza mahkemesinden beraat etme her zaman ilgiliye manevi tazminat ödenmesini gerektirmez. Bu hususta yukarıda da açıklandığı üzere idarenin hukuka aykırı işlem veya eyleminin, ilgilinin ağır bir elem ve acı duymasını gerektirecek oran ve ağırlıkta olması gerekmektedir. Bakılan davada, dava dosyası ve eklerinin tetkikinden davalı idarece davacı hakkında atama, geçici görevlendirme, kişisel tanıtım raporu, disiplin cezası, düşük sicil gibi birtakım işlemlerin tesis edildiği ve bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davaların çoğunlukla davacı lehine karara bağlandığı, fakat davacı aleyhine sonuçlanan idari davaların da bulunduğu,... görülmektedir. Mahkememizce yapılan değerlendirmede; davalı idarece davacı hakkında tesis edilen kimi işlemlerin yargı yerlerince iptal edildiği görülmekle birlikte, idarece tesis olunan bir işlemin yargı kararıyla iptal edilmesi veya ceza mahkemesinden beraat etmenin her zaman ilgiliye manevi tazminat ödenmesini gerektirmeyeceği,... sonuç olarak tazmin için aranan yasal şartların

⁴⁸² Yargıtay 4.H.D. E. 2014/5809, K. 2014/17299, K.T. 16.12.2014, Kazancı.

somut uyuşmazlıkta tahakkuk etmediği sonuç ve kanaatine varıldığından davacının manevi tazminata yönelik talebinin reddi gerekmektedir⁴⁸³. ”

⁴⁸³ Manisa 1. İdare Mahkemesi, E. 2012/1446, K. 2014/11, K.T. 09.01.2014, <http://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/davaci-kurumun-kendisine-mobbing-uyguladigi-icin-actigi-manevi-tazminat-davasinin-reddi-0>, E.T. 21.07.2014.

İKİNCİ BÖLÜM

ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI

I. MEMUR GÜVENLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI

1924 ve 1961 Anayasalarında olduğu gibi 1982 Anayasasında da memur statüsünün kanunla düzenlenmesi sistemi kabul edilmiştir. Anayasa m. 128/2’de ifadesini bulan kanunla düzenleme ilkesi, kamu personeline mesleki güvence getiren, onu idarenin keyfi uygulamalarına karşı koruyan, kısacası memur güvenliği ilkesine hayat veren en temel düzenlemelerden biri olmakla birlikte, Türk personel rejiminin liyakat gibi, kariyer gibi, yansızlık gibi en temel taşlarından birisidir⁴⁸⁴. Memur güvenliği anlayışının temeli olan bu hükme göre, “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.*”

A. KANUNLA DÜZENLEME İLKESİNİN DİSİPLİN HUKUKUNU KAPSAYIP KAPSAMADIĞI SORUNU

Anayasa madde 128/2’de kamu görevlilerine ilişkin kanunla düzenlenmesi gereken belli başlı hususlar sayılmış, “diğer özlük işleri” şeklinde kullanılan torba terimle de madde metninde sayılmayan ancak memurların özlük haklarını ilgilendiren diğer tüm hususların da kanunla düzenlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Burada diğer özlük işleri terimine klasik ve lâfzî anlamının ötesinde bir anlam yüklenerek personel hukuku açısından yasayla düzenlenmesi gereken diğer hususların neler olduğunun ortaya konulması gerekmektedir.

Diğer özlük işleri, madde metninde kendisinden önce gelen hususlarla birlikte değerlendirilirse, mali hakları aşan bir anlam içerdiği ve madde metninde yer almayan sicil, emeklilik, görev ve yer değiştirme ile disipline ilişkin işlemleri ve bütün bunları tamamlayan diğer mesleki konuları da içerdiği sonucuna ulaşılabilir⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Sait GÜRAN, “*Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı*”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1989, s. 57.

⁴⁸⁵ GÜRAN, Personel Hukuku, s. 64.

Disiplin hukuku özelinde konuya bakılırsa, özellikle kamu görevlisinin özlük haklarını önemli derecede etkileyen disiplin suç ve cezaları ile disiplin soruşturmasına ilişkin önemli hususların kanunla düzenlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir kamu görevlisinin atanması, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile alacağı aylık miktarının kanunla düzenlenmesi hususu Anayasa ile teminat altına alınmış iken, kamu görevlisinin mesleğine ilişkin birçok hakkı olumsuz etkileyen, meslekten ihraç edilmesi sonucunu doğuran, TSK açısından ise, tüm bunların yanında asker kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasına neden olan disiplin suç ve cezaları ile temel soruşturma usullerinin kanunla düzenlenme ilkesi kapsamında olmadığını savunmak mümkün değildir.

Öğretide birçok yazar, disiplin yaptırımlarının “diğer özlük işleri” kapsamında olduğu ve dolayısıyla yasayla düzenlenmesi gereken konular arasında olduğu görüşündedir⁴⁸⁶. Aslan’a göre disiplin suç ve cezaları memurların özlük haklarını etkileyecek niteliktedir. Bu nedenle Anayasa 128 gereği disiplin suç ve cezaları ile bu cezaların verilmesi ve uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekir⁴⁸⁷. Giritli’ye göre, “*Disiplin işleri de memurun belli başlı garantilerinden ve özlük işlerinden olduğuna göre imkân nispetinde kanunla düzenlenmesi*” gerekmektedir.⁴⁸⁸

AYM ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53’üncü maddesinin b fıkrasının ikinci cümlesindeki “*Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.*” şeklindeki disiplin hukukuna ilişkin hükmü, iptal talebinde dayanak olarak kullanılmamasına rağmen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43’üncü

⁴⁸⁶ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 65; GÜNDAY, 2002, s. 203; GÜRAN, Personel Hukuku, s. 64; SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 108-109; LİVANELİOĞLU, s. 22; GİRİTLİ, s. 9; AKYILMAZ, s. 6; Turhan Tufan YÜCE, “**Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili**”, DD, Y. 24, S. 88, 1994, s. 9; Yıldız DİNÇER, **Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku**, AİD, C. 9, S. 1, 1976, s. 75; Muzaffer DİLEK, “**Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları**”, TİD, S. 423, Haziran 1999, s. 31.

⁴⁸⁷ ASLAN, s. 41; YEŞİL, s. 25.

⁴⁸⁸ GİRİTLİ, s. 9.

maddesinin verdiği yetkiyi kullanarak, Anayasa'nın 128'inci maddesi kapsamında da incelemiş ve bu maddeyi iptal hükmünün gerekçelerinden biri olarak kullanmıştır⁴⁸⁹.

B. KANUNLA DÜZENLEME İLKESİNİN DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ KARŞILIĞI

İdarenin disiplin yaptırımlarına ilişkin düzenlemeler yapabilmesinin ilk şartı bu konuda yasama organınca ilk elden bir düzenleme yapılmış, genel esasların konulmuş, temel denilebilecek hususların düzenlenmiş olmasıdır. Çünkü bir alanı ilk elden düzenlemeye yetkili olan makam yasama organıdır. İdarenin düzenleme yetkisi, yasama organının düzenleme yetkisinden sonra gelir ve türevsel bir yetkidir⁴⁹⁰. İdarenin düzenleme yetkisi idarenin kanuniliği ilkesi gereği sınırlı ve tamamlayıcı bir yetkidir⁴⁹¹. Bu nedenle disiplin hukukuna ilişkin temel hususları doğrudan idarenin düzenleyici işlemlerine bırakan kanun hükümleri ve bu yetkiye dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemler Anayasa'ya aykırı olacaktır. Nitekim AYM'ye göre de, yürütmeye belli bir alanı düzenleme yetkisi veren kanunların Anayasaya uygun olabilmesi için, yetki veren kanunun temel ilkeleri koyması, genel çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir⁴⁹².

⁴⁸⁹ "6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir." AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, K.T. 14.01.2015, RG: 07.04.2015-29319.

⁴⁹⁰ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 1125; GÖZLER, 2013, s. 70; "Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir". AYM, E. 2013/47, K. 2013/72, K.T. 06.06.2013, RG: 12.07.2013-28705; AYM, E. 2012/76, K. 2013/44, K.T. 20.03.2013, RG: 07.11.2013-28814. Aynı yönde bkz: AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁴⁹¹ "Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasa'da dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır" AYM, E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.4.1988, RG: 23.08.1988-19908.

⁴⁹² "Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir." AYM, E. 2013/47, K. 2013/72, K.T. 06.06.2013, RG: 12.07.2013-28705; AYM, E. 2012/76, K. 2013/44, K.T. 20.03.2013, RG: 07.11.2013-28814. Aynı yönde bkz: AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068; "Dolayısıyla; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir düzenleme yetkisine sahip olan idarenin, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, düzenleme yapmak suretiyle kural koyması mümkün değildir." DİDDK, E. 2013/819, K.T. 06.03.2014, Kazancı.

Türkiye uygulamasında kanunla düzenlenme ilkesi, düzenlenen konunun tüm ayrıntılarıyla kanunda belirtilmesi şeklinde katı bir anlayışla değil, temel ilkelerin, genel çerçevenin kanunla belirlenip uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organına bırakılacak şekilde yumuşak uygulanmaktadır⁴⁹³. AYM de kanunla düzenlenme ilkesini yasama yetkisinin devredilmezliğini düzenleyen Anayasa'nın 7'nci maddesi kapsamında incelemektedir. AYM'ye göre, yürütmeye belli bir alanı düzenleme yetkisi veren kanunların Anayasaya uygun olabilmesi için, yetki veren kanunun temel ilkeleri koyması, genel çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir⁴⁹⁴. Bu niteliklere aykırı yetki veren kanunlar Anayasanın yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini düzenleyen 7'nci maddesine aykırı olacaktır⁴⁹⁵.

Duran'a göre kanunla düzenlenme bir konunun en ince ayrıntısına kadar kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaz⁴⁹⁶. Memur statüsünün yapıcı unsurları ve bazı önemli noktaları kanunla düzenlenecektir⁴⁹⁷. Yazara göre *“hiçbir kanun, düzenlediği konuyu ayrıntısıyla ele almış olmayacağından, ikinci derece noktalar ve teferruat idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir”*⁴⁹⁸.

Bu kapsamda çözülmesi gereken temel sorun disiplin işlerinde kanunla düzenlenmesi gereken temel hususların neler olduğudur. Disiplin hukuku memurların özlük haklarını doğrudan etkileyen yaptırımlar olduğu için, memur güvenliği ilkesi kapsamında, keyfilik ve usulsüzlüklerin önlenmesi gerekir. Bunu gerçekleştirecek ve dolayısıyla asker kişilere güvence sağlayacak en temel hususlar ise disiplinsizlik teşkil edecek fiiller ile bu fiillere uygulanacak yaptırımların, yaptırım türleri ile

⁴⁹³ SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 102.

⁴⁹⁴ “Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayırık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.” AYM, E. 2013/47, K. 2013/72, K.T. 06.06.2013, RG, 12.07.2013-28705.

⁴⁹⁵ AYM, E. 2012/97, K. 2013/51, K.T: 03.04.2013, RG: 31.12.2013; AYM, E. 1997/37, K. 1997/69, K.T. 27.11.1997, AMKD, S. 35, C. I, 2000, s. 122; AKYILMAZ, s. 7.

⁴⁹⁶ Lutfi DURAN, “İdare Alanının Düzenlenmesine Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, İÜHFİM, C. XXX, S. 3 – 4, s. 470 – 471.

⁴⁹⁷ DURAN, s. 475.

⁴⁹⁸ DURAN, s. 492.

disiplinsizlikler arasındaki illiyet bağının, disiplin yaptırımı kararı almaya yetkili makamların, disiplin soruşturmasına ilişkin temel işlemlerin, itiraz mekanizmasının, zamanaşımı ve savunma sürelerinin kanunla düzenlenmesidir. Asker kişilere uygulanacak disiplin yaptırımı türleri, yaptırımın miktarı, alt ve üst sınırı ile disipline aykırı fiil tanımları en temel konular olup bunların kanunla düzenlenmesinin Anayasanın 128/2'nci maddesi gereği zorunlu olup olmadığının tartışılması gerekir⁴⁹⁹.

Uygulamada, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu disiplin ceza türlerini belirleyerek disipline aykırı fiillerin tespitini tüzüğe bırakmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/b maddesi öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri ile disiplin amirlerinin yetkilerini devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre düzenleme⁵⁰⁰ yetkisini Yükseköğretim Kuruluna vermiştir. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği ile de DMK'da bulunan disiplin cezalarının yanında "yönetim görevinden ayırma" ve "görevinden çekilmiş sayılma" ve "üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma" şeklinde DMK'da bulunmayan disiplin cezası türleri⁵⁰¹ ve DMK'da bulunmayan disipline aykırı fiil tanımları düzenlenmişti. Danıştay DMK'da düzenlenmeyen ceza türlerini ve disiplinsizlik tanımlarını suçta ve cezada kanunilik ilkesine dayanarak iptal etmiş⁵⁰², bu kararlarının hiçbirinde memur güvenliği

⁴⁹⁹ "İdarî yaptırımların cezaî niteliği haiz olmaları, bu yetkinin yasalarla düzenlenen alanlarda, yine yasalarla belirlenen şartlarda kullanılmasını gerekli kılmaktadır. İdarenin yasal belirleme ve dayanak olmadan herhangi bir davranışın yaptırım gerektirdiğini takdir edip kendi düzenleme yetkisi çerçevesinde bu konuda kural koyması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir." D13D., E. 2009, 2719, K. 2011/3306, K.T. 4.7.2011. Kazancı.

⁵⁰⁰ "Burada, kanunun idareye tanıdığı yetki, sadece, disiplin suç ve cezalarına, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre, paralel hükümler getirilmesine yönelik olup, dava açma hakkını kısıtlamak amacıyla kullanılamaz." D10D, E. 1985/169, K. 1986/31, K.T. 21.01.1986, Kazancı.

⁵⁰¹ Gürsel KAPLAN, "Özel Kanunlarda Yer Alan Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Gidilebilir Mi?", Bülent Tanör Armağanı, İstanbul 2004, s. 330, dn. 16; KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 60; Dolayısıyla bu Yönetmelikle DMK'da bulunmayan disiplin ceza türlerinin getirilmiş olması 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesine aykırıdır. KAPLAN, Yargı Yolu, s. 330, dn. 16; Anayasa madde 130/9, yükseköğretim kurumlarında disiplin ve ceza işlerini kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında saymıştır. Bu nedenle disiplin suç ve cezaların düzenlenmesini yönetmeliğe bırakan bu kanun hükmü Anayasa m. 130/9'a aykırıdır. GÜNDAY, 2002, s. 203; SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 124; KAPLAN, Yargı Yolu, s. 330; Yücel OĞURLU, "İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrılığı", AÜEHFD, C. III, S. 1, 1999, s. 187.

⁵⁰² DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, K.T. 20.09.2012, Kazancı; DİDDK, E. 2011/2486, K. 2012/1698, K.T. 05.11.2012, Kazancı; Aynı yönde bkz: D8D, E. 2001/1178, K. 2001/3867, K.T. 18.09.2001,

ilkesinin dayanağı olan Anayasa madde 128/2'ye ve 130/9'a değinmemiştir. Mahkeme, disiplin yaptırımlarının adli ve idari cezalar arasında ayırım yapılmadığı için doğrudan Anayasanın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamına girdiğini AYM kararlarını da kullanarak belirtmiş ve doğrudan bu anlayışı esas almıştır. Ancak idari yaptırımların Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamına girdiği kolayca savunulabilecek bir husus değildir. Çünkü bu hüküm doğrudan adli ceza yaptırımlarına ilişkin bir hükümdür. AYM'yi ve Danıştay'ı bu konuda Anayasa'nın 38'inci maddesine götüren husus, Anayasa'nın 19'uncu maddesinde düzenlenmesi gereken *“İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.”* hükmünün 38'inci maddede düzenlenmesidir. Söz konusu hükmün AY. m. 38'de düzenlenmiş olması, bu maddedeki diğer tüm hükümlerin idari yaptırımlara da uygulanması gerektiğini tartışmasız bir biçimde ortaya koymaya yetmeyecektir. Öğretide de Gözler ve diğer birçok yazar idari yaptırımları Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında görmemektedir⁵⁰³.

Disiplin yaptırımları her ne kadar cezalandırıcı mahiyette olsa da ceza hukuku anlamında bir ceza değildir. İdare hukukuna ait bir konuda, memurlar ve diğer kamu görevlileri için, idare hukuku ilke ve kuralları kullanılarak ulaşılabilecek sonuçlara içtihat yoluyla ceza hukuku ilkeleri kullanılarak ulaşılması ve doğrudan Anayasa'nın 38'inci maddesine başvurulması doğru bir yaklaşım tarzı değildir. Nitekim Akyılmaz'a göre, disiplin suç ve cezalarının Anayasanın 38'inci maddesi kapsamına girmediği kabul edilse bile, madde 128/2'deki *“diğer özlük işleri”* kapsamında değerlendirilerek, *“kanunla düzenlenme ilkesi”* karşısında disiplin suç ve cezalarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur⁵⁰⁴.

AYM ise, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinin b fıkrası hükmüne karşı açılan iptal davasında, fıkranın *“Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne*

http://www.kararevi.com/karars/254214_danistay-8-daire-e-2001-1178-k-2001-3867#.U7sG85R_uSo, E.T. 07.07.2014

⁵⁰³ GÖZLER, C. II, 2009, s. 756 vd; *“İdari suç ve cezalarda Anayasanın 38. maddesi bağlayıcı değil ancak yol göstericidir.”* FEYZİOĞLU, İşyeri Kapatma Cezası, s. 15.

⁵⁰⁴ AKYILMAZ, s. 11.

alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir." şeklindeki ikinci cümlesini iptal etmiştir. İptal gerekçesinde Anayasa'nın 128'inci maddesine dayanılmasa da AYM, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin tanıdığı yetkiyi kullanarak dava konusu kuralı Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelemiştir.

Mahkemenin iptal gerekçesi, disiplin hukukunda kamu görevlilerine yasayla güvence getirilmesinin zorunlu oluşuna vurgu yapmaktadır. Yüksek Mahkeme söz konusu düzenlemeyi şu gerekçeler ile iptal etmiştir: *"Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi füllerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Kamu görevlileri olarak memurların ve öğretim elemanlarının disiplin işlemleri konusunda kuralla getirilmiş bir kanuni güvence bulunmamaktadır. Söz konusu disiplin işlemleri, Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Kural, sadece Devlet memurlarına uygulanan usul ve esasların göz önüne alınmasını düzenlemiş ancak bunun dışında herhangi bir kanuni düzenlemeye yer vermemiştir.*

*"Dava konusu kural bu hâliyle disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbirisi ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, Anayasa'nın 38., 128. ve 130. maddeleriyle bağdaşmamaktadır."*⁵⁰⁵

⁵⁰⁵ AYM, E. 2014/100, K. 2015/6, K.T. 14.01.2015, RG: 07.04.2015-29319.

Mahkemenin bu kararı disiplin hukukunda sadece yaptırım türleri ile disipline aykırı fiillerin değil, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi birçok konunun kanunla düzenlenmesinin, kamu görevlisine kanunla güvence getirilmesinin Anayasa'nın 128'inci maddesi gereği zorunlu oluşunun ortaya konulması bakımından oldukça önemlidir. Ancak Mahkeme her ne kadar Anayasa'nın 128'inci maddesi ve yükseköğretim kurumları özelinde Anayasa'nın 130'uncu maddesine dayansa da, Anayasa'nın 38'inci maddesine de gitmekten kendini kurtaramamıştır.

Memur güvenliği ilkesi gereği yaptırım çeşitlerinin kanunda düzenlenmesi, yaptırımın ismen belirtilmesi dışında gerekli bütün unsurlarının kanunla düzenlenmesini zorunlu kılar. Yaptırımla ilgili temel ve ayrıntı ayırımı yapılamaz. Bir yaptırım gerekli bütün ayrıntılarıyla tanımlanmışsa ancak düzenlenmiş sayılır⁵⁰⁶. Bu nedenle memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında uygulanacak disiplin yaptırımlarında, yaptırım çeşitlerinin tüm ayrıntılarıyla (yaptırımın alt ve üst sınırı gibi) kanunla düzenlenmesi Anayasa madde 128/2 gereği zorunludur.

Disiplin hukukunda disiplinsizliklerin belirlenmesi konusunda idareye bir tür kıyas yetkisi veren torba hükümlere rastlanmaktadır. DMK m. 125 ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği m. 12 ile idareye disipline aykırı fiillerin tespitinde kıyas yetkisi verilmiştir⁵⁰⁷. TSK Disiplin Kanunu m. 8/2'de bu düzenlemelerle aynı nitelikte bir hükme yer verilerek disipline aykırı fiillerin tespitinde idareye kıyas yetkisi verilmiştir.

Bu nitelikteki düzenlemelerle yasama organı belli başlı disiplinsizlikleri belirlemekte, yani genel kapsamı çizmekte, öngörüp düzenlemediği bu fiillere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer fiillerin de idare tarafından yaptırım altına alınması yetkisini vermektedir. Asker kişinin işlediği bir fiilin yaptırıma tabi tutulması için bu

⁵⁰⁶ SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 123.

⁵⁰⁷ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku..., s. 62; KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 63, 67; AKYILMAZ, s. 4.

filin kanunda tanımlanan diğer disiplinsizliklere niteliği ve ağırlığı itibariyle benzer olması şarttır. Bu şart, yasakoyucunun bu alandaki temel çerçeveyi çizdiğini göstermektedir ve disipline aykırı fiillerin tamamının öngörülerek kanunla düzenlenmesinin imkânsız olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Disiplin hukukunda kıyasa izin veren torba hükümlerin “*uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.*”⁵⁰⁸ ifadesindeki anlayış gereği Anayasanın 128/2’nci maddesine aykırı değildir⁵⁰⁹. Ayrıca AY. m. 128/2, kanunda tanımlanan disiplinsizliklerin açık, net ve belirli bir şekilde tanımlanmasını da zorunlu kılmaz.

Memur güvenliği (kanunla düzenleme) ilkesi memurlar ve diğer kamu görevlileri için (askeri öğrenciler ile erbaş ve erler dışında diğer asker kişiler için) disiplin yaptırımı çeşitlerinin kanunla düzenlenmesi konusunda tam bir güvence sağlamaya elverişli iken, “disipline aykırı fiillerin tespiti” konusunda idareye keyfî kullanılmaya elverişli bir alan bırakmaktadır. Bu ise idareye, kişilerin meslekten ihraç edilmelerine kadar uzanabilecek alanda kötüye kullanılabilecek bir yetki bırakıldığı anlamına gelmektedir. Bu nedenle disipline aykırı tüm fiillerin kanunla düzenlenerek idareye bu konuda takdir yetkisi bırakılmasının önüne geçilmesi için Anayasa’nın 38’inci maddesinde düzenlenen suçta kanunilik ilkesine gidilmesi zorunlu görülmektedir.

Ayrıca AY. m. 128/2 kamu görevlilerine belli bir oranda koruma sağlayabilecek iken, kamu görevlisi statüsünde bulunmayan askeri öğrencilere, erbaş ve erlere, ceza infaz kurumlarında haklarında disiplin yaptırımı uygulanabilecek olan hükümlülere güvence sağlayamaz. Bu kişilerin güvence altına alınabilmesinin tek yolu suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen Anayasanın 38’inci maddesidir. Ayrıca, memur güvenliği ilkesi gereği, disiplin hukukundaki korumayı sadece Anayasanın 128/2’nci maddesiyle sağlamaya kalkışmak Anayasa’nın 91’inci

⁵⁰⁸ AYM, E. 2013/47, K. 2013/72, K.T. 06.06.2013, RG: 12.07.2013-28705; AYM, E. 2012, 76, K. 2013/44, K.T. 20.03.2013, RG: 07.11.2013-28814. Aynı yönde bkz: AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁵⁰⁹ Bu konuda öğretilerde farklı görüşler de bulunmaktadır. SAĞLAM’a göre, disiplin suç ve cezaları konusunda temel ve ayrıntı ayrımı yapmak işin doğasına uygun değildir. Bir disiplinsizlik ancak tüm unsurlarıyla tanımlanmışsa düzenlenmiş sayılır. Unsuruları bölünerek bazı unsurları kanunda gösterilen bazı unsurlarının belirlenmesi ise idareye bırakılan bir disiplinsizliğin kanunla düzenlenmiş sayılması mümkün değildir. SAĞLAM, Disiplin Suç ve Cezaları, s. 123.

maddesi göz önüne alındığında kamu personeli için de güvencesiz bir hukuki durum yaratmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 91'nci maddesine göre Anayasa'nın 128/2'nci maddesi kapsamında bulunan konular Kanun Hükmünde Kararnamelerle düzenlenebilecek konulardandır. AYM de verdiği bir kararında disiplin suçlarının Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında bulunduğundan KHK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir⁵¹⁰. Bu nedenle, sadece kamu görevlisi statüsünde bulunan kişileri değil öğrencileri, hükümlüleri ve askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erleri disiplin yaptırımlarına karşı koruyabilmek için idari işlemlere yönelik tüm hukuki güvenceler yanında ceza hukukuna ilişkin “çekirdek”, yani en temel ilke ve kurallara (suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi) başvurmak zorunluluk taşımaktadır⁵¹¹.

II. CEZA HUKUKU İLKE VE KURALLARI BAĞLAMINDA ASKER KİŞİLERİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI KORUNMASI

A. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARININ ADLİ CEZALARLA İLİŞKİSİ

Disiplin cezaları kamu işi, kamu görevi ve görevlileriyle ilgili bir ceza türüdür⁵¹². Her ne kadar, disiplin yaptırımlarının idare hukuku ilke ve kuralları temelinde açıklanması gerekirse de, bu yaptırımların nitelik olarak ceza hukuku yaptırımları ile olan ilişkisi etraflıca ortaya konulmalı ve yapılacak yorumlamalarda bu ilişki göz önüne alınmalıdır.

Bu kapsamda, ileride yapılacak açıklamalara da temel olması açısından, asker kişilere uygulanan yaptırımların “tenkil edici”, diğer bir ifadeyle “caydırıcı ve korkutucu” içerikleri (asker kişi üzerindeki maddi etkileri) disiplin yaptırımları ile ceza hukuku yaptırımları arasında bulunan köklü ayrımlar incelenerek ortaya konulmalıdır. Yasallık ilkesi, hukuka aykırı delil kullanma yasağı, masumiyet

⁵¹⁰ “Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır. ... Anayasa'nın, “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısmı'nın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir.” AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T. 04.04.1991, RG: 13.08.1991-20959.

⁵¹¹ ULUSOY, s. 30.

⁵¹² D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 4.2.2011, Kazancı.

karinesi ve yargısal denetim yasağı gibi konular bu kıyaslamalar dikkate alınarak yorumlanmalıdır⁵¹³.

1. Disiplin Yaptırımları İle Adli Cezalar Arasındaki Temel Farklılıklar

Disiplin yaptırımları ile, önceden saptanan hukuk kurallarına aykırı olan ve hizmet içi düzeni bozan davranışlar önlenmeye çalışılmaktadır. Bu bakımdan disiplin yaptırımları *“ceza yasalarında, suçlara karşı uygulanmak üzere konulan cezalara benzerler. Ancak, disiplin cezaları ile suçlar için konulan cezalar arasında köklü ayrımlar vardır*⁵¹⁴.

Disiplin yaptırımları, idari yaptırım olması nedeniyle de, birçok açıdan ceza hukukunda uygulanan cezai yaptırımlardan ayrılmaktadır. Adli cezalar toplumsal düzeni sağlamada etniken hizmet düzenini sağlamada yetersizdirler⁵¹⁵. Disiplin yaptırımları kurum içi düzeni koruyarak kamu hizmetinin sürekli ve etkin bir şekilde yürütölmesini amaçlarken⁵¹⁶ cezai müeyyideler toplumsal düzeni (kamu düzenini) korumayı amaçlamaktadır⁵¹⁷. Danıştay’ın ifadesi ile, *“Ceza yaptırımları, toplum düzenini korumayı ve sağlamayı amaçlarken, idari yaptırımlar, idari emir ve yasağı bozan idari düzen ihlallerini önlemeyi amaçlar.*”⁵¹⁸

Dönmezer/Erman’a göre, genel sosyal düzeni korumak maksadı ile müeyyide altına alınan fiiller suç, kısmi bir düzeni korumak maksadı ile müeyyide altına alınan

⁵¹³ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu idari işlem niteliğinde olan disiplin yaptırımlarının cezai yaptırımlar ile olan ilişkisini ayrıntılı olarak ortaya koyduktan sonra, disiplin yaptırımlarında da ceza hukukundaki lehe hükmün uygulanması ilkesinin geçerli olduğuna karar vermiştir. DİDDK, E. 2008/3476, K. 2012/2256, K.T. 26.11.2012, Kazancı.

⁵¹⁴ *“Tüm bu değerlendirmeler ışığı altında, ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçlar bakımından temel nitelikte farklılıklar mevcut olduğu anlaşılmaktadır.”* D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı; *“Ceza yaptırımı ile idari yaptırımlar, amaç, yaptırıma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik yönlerinden birbirlerinden farklıdır.”* D10D., E. 2002/521, K. 2003/4772, K.T. 05. 12. 2003, Kazancı; AYİM, 3.D., E. 2013/1241, K. 2013/631, K.T. 12.12.2013, Yayımlanmamıştır.

⁵¹⁵ YÜCE, s. 5.

⁵¹⁶ LİVANELİOĞLU, s. 8; SANCAKDAR disiplin cezalarının temel amaç ve işlevlerini, kurum düzenini sağlamak, memurları korumak, eğitmek, gereken özeni göstermeyenleri tasfiye etmek ve caydırmak olarak sıralamıştır. SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 151-153; ASLAN’a göre ise disiplin cezalarının amacı kamu hizmetinin etkin, verimli ve sağlıklı bir şekilde görülmesini sağlayarak, kamu yararının devamlılığını gerçekleştirmektir. ASLAN, s. 26.

⁵¹⁷ ASLAN, s. 27; ÖRÜCÜ, s. 789; AYİM, 3.D., E. 2013/1241, K. 2013/631, K.T. 12.12.2013, Yayımlanmamıştır.

⁵¹⁸ D10D., E. 2002/521, K. 2003/4772, K.T. 05. 12. 2003, Kazancı.

fiiller ise disiplin cezasını gerektiren hareketlerdir⁵¹⁹. Diğer bir deyişle disiplin suçları belli bir örgüt (sosyal grup) içinde bulunan kişilerin, o örgütün iç düzenine aykırı eylemleri iken⁵²⁰, ceza hukuku anlamında suç, toplumdaki genel düzeni bozan hukuka aykırı eylemlerdir⁵²¹.

İdari düzene aykırı davranışlara uygulanan ve idari düzeni sağlamayı amaçlayan idari cezalardan olan⁵²² disiplin yaptırımlarının amacı, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve güvenli yürütülmesini gerçekleştirmek olduğu kadar devletin saygınlığını da korumaktır.⁵²³

Disiplin yaptırımlarını cezai yaptırımlardan ayıran temel ölçüt, yaptırımı uygulayan makamdır (organik ölçüt)⁵²⁴. İdari nitelikteki yaptırımlarda fiilin işlenip işlenmediği idari usul ilkelerine göre saptanır ve işlenmişse idari yaptırım idare tarafından uygulanır. Ancak ceza hukuku anlamındaki suç ve cezalarda, suç yaratan norm ceza hukuku ilkeleri dikkate alınarak yasama organınca düzenlenir ve fiilin işlenip işlenmediği mahkeme tarafından yargısal usuller kullanılarak tespit edilir, ceza kararı mahkeme tarafından verilir⁵²⁵.

Disiplin yaptırımları belli bir statüde bulunan kişilere uygulanmakla da cezai yaptırımlardan ayrılmaktadır. “*Disiplin hukuku bir personel rejimi yani statü hukukudur. Toplumun geneline uygulanmaz.*”⁵²⁶ Bir nevi belirli grupların ceza hukukudur⁵²⁷. Aynı şekilde AİHM’de Weber kararında disiplin cezalarının ortak ve

⁵¹⁹ DÖNMEZER/ERMAN, s. 384; Süheyl DONAY, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHF, C. XXXVII, S. 1-4, 1972, s. 425; ATAY, s. 875-876.

⁵²⁰ Fatih Selami MAHMUTOĞLU, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995, s. 133-134.

⁵²¹ YILDIRIM, *Disiplin Hukuku*, s. 2.

⁵²² GÜNDAY, 2002, s. 202.

⁵²³ D10D., E. 1987/487, K. 1988/576, K.T. 05.04.1988, DD, S. 72-73, 1989, s. 657. (Nakleden: AKYILMAZ, s. 4, dn. 291).

⁵²⁴ “Öte yandan; suç işleyen cezasını, işlenen suçun ağırlığına göre hakim veya mahkeme verir. Disiplin cezasını ise, memurun bağlı olduğu idarenin yasaca yetkili kılınan özel üstleri ya da kurulları verir.” D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı.

⁵²⁵ Metin FEYZİOĞLU, “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, TBB Dergisi, S. 1, 1993, , s. 5-6; “Ceza yaptırımları, Ceza Kanunlarında suç olarak öngörülen ihlallerin yaptırımı olarak ceza yargılaması sonucunda verilebilen kararlar iken, idari yaptırımlar yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle verdiği kararlardır.” D10D., E. 2002/521, K. 2003/4772, K.T. 5. 12. 2003, Kazancı.

⁵²⁶ AYİM, 3.D., E. 2013/1241, K. 2013/631, K.T. 12.12.2013, Yayınlanmamıştır.

⁵²⁷ Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 97.

ayırıcı özelliğinin ayırım yapmaksızın herkese değil sadece belli bir gruba mensup kişilere uygulanması olarak belirlemiştir⁵²⁸. Mahkemeye göre iç hukukta disiplin cezası olarak adlandırılan ceza, ayırım yapmaksızın toplumun tamamına uygulanıyorsa, bu ceza gerçek anlamda disiplin cezası değildir⁵²⁹.

2. Asker Kişilere Uygulanan Disiplin Yaptırımlarının Cezai Mahiyeti

Disiplin yaptırımları, adli cezalardan organik ölçüte göre ayrılrsa da, mahiyeti bakımından adli cezalara oldukça yaklaşımaktadır. Çünkü asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları, içeriğinde kötülük tehdidi taşımakta, tedbir alma değil doğrudan cezalandırma amacı taşımaktadır. Bu yaptırımlar asker kişileri tenkil ve tedip edici içeriğe sahiptirler.

Ceza yaptırımları ile disiplin yaptırımları arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini ortaya koyan görüşler temel olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Yaptırımların birliği görüşüne göre uzun zaman birbiri içinde bulunan “*cezaî yaptırım ile disiplin yaptırımları arasında kesin bir ayırım yapmak için inandırıcı hiçbir neden yoktur. Aslında cezai yaptırım ilkel topluma has disiplin yaptırımıdır.*”⁵³⁰ Bu görüş disiplin hukukunun ceza hukuku olmadığını, ancak ikisinin de zecri hukuk kategorisi içinde değerlendirilebileceğini kabul eder. İkinci görüş ise disiplin yaptırımlarını cezai yaptırımların bir alt dalı olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre idari ceza kavramı bütün suçlara hâkim yetiştirememekten kaynaklanmakta olup bu durum disiplin yaptırımlarının ceza olma niteliğini değiştirmemektedir. Üçüncü görüş ise disiplin yaptırımları ile cezai yaptırımlar arasında bağlantı olmadığını savunmaktadır⁵³¹.

6413 sayılı TSK D.K. madde 5’e göre herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez⁵³². DMK’da da bulunan bu nitelikteki hükümlerin disiplin

⁵²⁸ Weber/İsviçre Davası, B.N. 11034/84, K.T. 22.05.1990, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=217>, E.T. 08.07.2014.

⁵²⁹ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 147.

⁵³⁰ MOURGEON, Jacques, La Pépression Administratives, Paris 1967, s. 38, (Nakleden: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 131).

⁵³¹ Bu görüşler için bkz: SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 129 vd.

⁵³² “Disiplin cezaları ile adli cezalar arasındaki bir diğer fark ise; suç işleyen kişiye sadece Ceza Kanunu’nda yazılı ceza verilirken, memur işlediği suçtan dolayı Ceza Kanunu’na göre mahkum

yaptırımlarının cezai yaptırımlardan mahiyet olarak farklı olmasına dayandırılmaktadır. Ayrıca askeri disiplin hukukuna ilişkin bir takım düzenlemelerin Askeri Ceza Kanununda yer aldığı dönemlerde AYİM, bu cezaların bir kısmının AsCK'da düzenlenmiş olmasına rağmen disiplin yaptırımları ile cezai yaptırımlar arasındaki mahiyet farkını vurgulamıştır. Mahkemeye göre *“Disiplin amirlerince disiplin suçlarından ötürü verilen cezalar idari işlem niteliğindedir. Bu cezaların AsCK'da yer alması bu cezaların idari işlem olmayıp ceza hukukuna has bir müessese olduğunu kabule neden olamaz”*⁵³³. Danıştay’a göre ise; *“Disiplin kuralları, kamu işlerinin düzeninde yürütülmesini sağlamak amacıyla sadece kamu görevlileri için uygulanan kurallardır. Disiplini bozan davranışlar dolayısıyla da bir ceza uygulanmaktadır. Ama bu cezanın, suç için uygulanan ceza ile herhangi bir benzerliği yoktur.”*⁵³⁴

Ancak bu değerlendirmeler disiplin cezalarının idari niteliklerini ortaya koymak için yapılmakta, disiplin cezalarının “cezai” bir içeriğe sahip olmadıkları savunulmamaktadır. Disiplin suçlarının adli suçlardan farklı bir hukuki değer ve menfaati korumasına karşın, disiplinsizlik sonucunda uygulanan müeyyide de tıpkı adli cezalarda olduğu gibi “kötülük tehdidi” içermektedir⁵³⁵.

AYM’de disiplin hukukuna ilişkin verdiği bir kararında disiplin yaptırımlarının içeriğinde taşıdığı “maddi cebir”e vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre, *“Gerek adli gerekse idari suçlarda, davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil*

edilmekle birlikte, ayrıca ikinci bir cezaya, disiplin cezasına muhatap olabilmektedir. Bunun sonucu olarak; bir memurun, belli bir fiili nedeniyle Ceza Kanunu kapsamında suçluluk durumundan kurtulması, onun disiplin soruşturmasına tabi tutulmasını engellemez.” D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 4.2.2011, Kazancı; Aynı yönde bkz: D10D., E. 2002/521, K. 2003/4772, K.T. 05. 12. 2003, Kazancı.

⁵³³ AYİM, 2.D. 10.2.1985, E. 1985/113, K.1985/168, AYİMD, S.7, 1993, s.329-332. (Nakleden: KÖSE, s. 112, dn. 472)

⁵³⁴ D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı; Danıştay bir diğer kararında da disiplin yaptırımlarının cezai yaptırımlardan farklı nitelikte olduğunu ortaya koymuştur: *“yürütülen kamu hizmetlerinin gerekli şekilde görülmesini, memurun görevine bağlılığını ve memur statüsünün korunmasını sağlamaya yönelik disiplin cezaları, kamu düzenini korumak ve toplumu savunmak esasına dayanan ceza yasalarının getirdiği cezalardan farklı nitelik taşırlar.”* D.10.D, E. 1984/907, K. 1984/1860, K.T. 12.11.1984, (Nakleden: PINAR, Soruşturma Usulü, s. 1068).

⁵³⁵ “Kötülük tehdidi” kavramı için bkz: Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara, 1990, s. 12, (Nakleden: KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 57); *“Disiplin cezaları da diğer cezalar gibi özünde ödeticilik ve caydırıcılık özelliklerini barındırması ve kamu görevini yerine getiren kişilerin sahip oldukları çoğu temel hakkın kaybına sebebiyet vermesi açısından büyük öneme sahiptir.”* YEŞİL, s. 19-20; Bazı kişiler açısından hayatlarını adadıkları mesleklerinden disiplin yaptırımı yoluyla çıkarılmaları belki de ölümden daha ağır bir ceza niteliğinde olabilecektir. YÜCE, s. 6.

eden bir fiille kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değerin ihlali söz konusu olduğundan her iki suç türü arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Adli suçlarla idari suçlar arasındaki fark, esas itibarıyla nicelik yönünden olup adli suçlardaki haksızlık içeriği idari suçlara nazaran daha yoğundur. Öte yandan, adli suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlar idari suçlardan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirse de her iki alanda öngörülen yaptırımlar yoğun maddi cebir içermektedir.”⁵³⁶

Buradaki kötülük tehdidinin (maddi cebir) kamu görevlisinin mali haklarına ve mesleki statülerine ilişkin olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁵³⁷. Nitekim Örücü ve Gözler’e göre, disipline aykırı fiiller, belli bir kurum düzenine aykırı, yani devlet memuru için meydana getirilmiş çalışma düzenine aykırı davranışlardır. Bu nedenle bu davranışlara uygulanan disiplin cezalarının sonuçları, ilgililerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde değil, çalıştıkları kurumla bunlar arasındaki münasebetlerde kendini gösterir. Yazarlara göre, adli cezalar kişinin hayatına, hürriyetine, malına ve şahına bağlı haklara etki ederken disiplin cezaları yalnız mesleki hayata ve mesleki haklara etki eder⁵³⁸.

Danıştay’a göre; “disiplin cezaları sadece kamu görevlisini, yani Devlet memurunu ilgilendirir. Bu ceza kamu görevlisinin meslek haklarını etkiler, meslek yaşamı için önem taşır. Suç için uygulanan ceza ise, doğrudan doğruya toplum düzenine, genel olarak toplumun dirliğine karşı çıkanlara uygulanan cezalar ve yaptırımlardır. Bu cezalar, hüküm giyen kişinin özgürlüğü, kişiliği, yaşamı, toplumsal durumu, kişiliğine bağlı hakları ve malları bakımından etkilidir.”⁵³⁹ AYİM’e göre ise, “Ceza hukukunda Söz konusu ceza kişinin temel hak ve hürriyetleri üzerinde etki gösterir. Disiplin cezaları sonuçlarını kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde değil, içinde bulundukları yapı ile aralarındaki ilişki üzerinde gösterir.”⁵⁴⁰

⁵³⁶ AYM, E. 2015/22, K. 2015/37, RG: 15.04.2015-29327.

⁵³⁷ Bu konuda bkz: KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 57; “Her ceza cezalıya bir acı getirir. Bu, daha çok bir takım yoksunlukların sonucudur. Cezanın konulmasında ve uygulanmasında daima böyle bir erek kendini hissettirir.” AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, K.T. 28.6.1966, RG: 27.06.1967-12632.

⁵³⁸ ÖRÜCÜ, s. 796; GÖZLER, C. II, 2009, s. 747; ASLAN, s. 27; ONAR, C. II, 1960, s. 1189.

⁵³⁹ D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı.

⁵⁴⁰ AYİM, 3.D., E. 2013/1241, K. 2013/631, K.T. 12.12.2013, Yayımlanmamıştır.

Ancak Silahlı Kuvvetlerde asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları bakımından bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Çünkü asker kişilere uygulanan yaptırımlar asker kişilerin sadece mesleki hakları etkilemez. TSK D.K. ile disiplin amirlerine disiplin hukuku alanında ceza hukukuna yaklaşan bir yaptırım türü uygulayabilme yetkisi verilmiştir. Asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları mesleki hakların yanında asker kişinin temel hak ve özgürlüklerini de etkiler niteliktedir. Asker kişilere uygulanan, maddi ve manevi baskı içeren ve ilgilinin iradesine rağmen zorla çalıştırılmasını ifade eden hizmete kısmi süreli devam cezası ile kişi özgürlüğünü kısıtlayan hizmet yerini terk etmeme, hizmetten men ve istisnai hallerde uygulama alanı bulan oda hapsi cezaları doğrudan asker kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde de etki gösterir. Ayrıca aylıktan kesme ve TSK'dan ayırma cezasının kişinin mali haklarını ve sosyal yaşantısını etkilemediğini savunmak mümkün değildir.

Asker kişilerin temel hak ve hürriyetleri üzerinde ciddi sonuçlar doğuran⁵⁴¹ ve daha da önemlisi hürriyeti bağlayıcı nitelikte yaptırımların (hizmet yerini terk etmeme, hizmete kısmi süreli devam, hizmetten men ve istisnai hallerde uygulanabilen oda hapsi) uygulanabildiği askeri disiplin hukukunda personelin karşı karşıya kaldığı “kötülük tehdidi” (tedip etme amacı) çok daha ağır basmaktadır. TSK'da uygulanan disiplin yaptırımları diğer bütün kurumlarda uygulanan disiplin yaptırımlarından daha fazla, bir bakıma adli cezalara daha yakın caydırma, bastırma ve cezalandırma içeriğine sahiptir. Ceza hukukuna en fazla yaklaşan idari yaptırım türü disiplin yaptırımları iken⁵⁴², özellikle askeri disiplin hukukunda uygulanan disiplin yaptırımları, ceza hukukuna, diğer disiplin hukuku sistemlerinde uygulanan yaptırımlara nazaran daha fazla yaklaşmaktadır. Bu nedenle adli cezaların caydırma, bastırma ve cezalandırma içeriğinden bahsedip disiplin cezalarının bunları içermediğini savunmak, cezaların kişilerin bütün sosyal hayatına tesir ettiği halde disiplin cezalarının (örneğin Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının) kişinin sosyal hayatını etkilemediğini savunmak⁵⁴³ mümkün değildir⁵⁴⁴.

⁵⁴¹ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 3.

⁵⁴² ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 43.

⁵⁴³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 388, 389; ÖRÜCÜ, s. 798.

⁵⁴⁴ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 56, dn. 3.

Bu değerlendirmeler ışığında bakıldığında, Silahlı Kuvvetlerde uygulanan disiplin yaptırımlarının tüm idari yaptırımlara nazaran daha fazla “cezaî” içeriğe sahip oldukları sonucuna ulaşılabilir⁵⁴⁵. Teknik anlamda ceza kavramı içerisinde bulunmayan asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları, içeriğinde ciddi anlamda kötölük tehdidi barındırdığından geniş anlamda ceza hukuku (cezalandırıcı hukuk) içerisinde deęerlendirilebilir⁵⁴⁶. Bundan dolayı da, adli cezalara oldukça yaklaşan TSK disiplin yaptırımlarında ceza hukukuna ve adil yargılanma hakkına ait koruyucu ilkelerinin uygulanması gerekliliği (yasallık ilkesi vb.) ve ayrıca personelin korunmasına yönelik mekanizmaların (savunma hakkı, kararların gerekçeli olması vb.) etkinliklerinin sağlanması hususu daha fazla önem kazanmaktadır.

B. ASKER KİŞİLERE UYGULANAN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA TEMEL NİTELİKTEKİ CEZA HUKUKU İLKE VE KURALLARININ UYGULANMASI

1. Öğretinin Konuya Yaklaşımı

Asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımlarının cezaî mahiyeti dikkate alındığında, asker kişilerin korunması için ceza hukukuna ilişkin bir takım ilke ve kuralların disiplin hukukuna da uygulanması gerekmektedir. Bu konuda Günal’a göre, disiplin cezaları her ne kadar adli cezalardan farklı karakterde olsalar da ceza hukukunun bazı prensiplerinin disiplin cezalarına da uygulanması gerekmektedir⁵⁴⁷. Aynı şekilde Atay’a göre, ayrıksı hüküm bulunmadığı durumlarda ceza hukukunun temel ilkeleri disiplin hukukunda da uygulanır⁵⁴⁸. Gölcüklüye göre ise, ceza hukuku ana amaç kaybedilmemek şartıyla disiplin hukukuna rehberlik etmelidir⁵⁴⁹. Yazara göre günümüzde idari müeyyideler alanında bir kazaileşmeye şahit oluyorsak, yani

⁵⁴⁵ “İdarenin bu suretle müeyyidelere başvurusu halinde de idari ceza hukukundan söz açılmaktadır; zira buradaki müeyyide cezalandırıcı bir müeyyidedir.” GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 117. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de idari yaptırımların bir türü olan idari para cezalarının cezalandırıcı ve caydırıcı niteliğini vurgulamakta ve bu niteliğinden dolayı idari para cezalarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında değerlendirmektedir. AİHM, Öztürk/Almanya Davası, K.T. 21.02.1984, Parag. 53; Mustafa KARABULUT, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Ankara, 2006, s. 16.

⁵⁴⁶ “Disiplin yaptırımları alanına ceza hukukunun birçok genel ilkesi uygulanabilirken, disiplin yaptırımları genellikle teknik anlamda ceza kavramı içerisinde değerlendirilmemektedir.” KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 57; DEĞİRMENCİ/TANRIVERDİ, s.92.

⁵⁴⁷ GÜNAL, s. 210.

⁵⁴⁸ ATAY, s. 880.

⁵⁴⁹ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.160.

ceza hukuku prensipleri idari cezalandırmada da uygulanıyorsa, bunun sebebini “*tecziye edici müeyyideler karşısında bireyin hak ve özgürlüklerini koruma*” arzusunda aramak gerekir.⁵⁵⁰

Karahanoğulları’na göre ise, disiplin cezalarının kişilerin hak ve özgürlükleri üzerinde ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Kamu görevlilerinin bireylere tanınan hak ve güvencelerden mahrum olduklarını savunmak memur rejimini kulluk rejimine dönüştürecektir. Yazara göre “...*hukuk evrimi içerisinde oluşan, insan haklarının ve hukuk devletinin korunmasının araçları olan ceza hukuku ve ceza yargılaması hukukunun genel ilkelerinin disiplin suçları için de mutatis mutandis uygulanması gerektiği kabul edilmeli; disiplin cezalarının uygulanması sürecinde ortaya çıkan sorunlar, “idarenin gerekleri”, “hizmet gerekleri”*⁵⁵¹ gibi tamamen takdiri ve kimi zaman da keyfî yaklaşımlarla değil, bu ilkelerle değerlendirilmeli ve çözümlenmelidir.”⁵⁵²

Bu konuda en temel belirlemeyi yapan Ulusoy’dur. Yazara göre eğer bir idari yaptırım “idari ceza” niteliğinde ise, (Disiplin cezaları caydırma/cezalandırma içeriğinden dolayı idari ceza niteliğinde olup bu nitelik asker kişilere uygulana disiplin cezalarında daha belirgindir.) bu yaptırıma suç ve cezaların yasallığı ve geçmişe yürümezliği, lehe kanun uygulaması, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, savunma hakkına mutlak riayet, soruşturma yapmadan ceza verilmeme gibi suç ve cezalara ilişkin temel anayasal güvencelerin prensip olarak uygulanması zorunlu olup aksi halde verilen ceza hukuka aykırı olacaktır⁵⁵³.

Disiplin cezalarının idari işlem niteliği açıktır. Ancak sırf idari işlem olması nedeniyle ceza hukuku ilkelerinin idari işlem niteliğindeki disiplin cezalarına uygulanamayacağını iddia etmek mümkün değildir. Uyarma ve kınama gibi basit etki ve sonuç doğuran cezalar için pratiklik, etkinlik ve hemen müdahale etme amacıyla adil yargılanma ve temel ceza hukuku ilkelerinin uygulanmayacağı AİHM içtihatları

⁵⁵⁰ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Müeyyideleri, s. 214.

⁵⁵¹ “... kamu görevlilerinin denetlenmesi ve çalışma sürekliliğini bozan davranışların önlenmesi hizmet gereğidir.” gerekçesi ile sözleşmeli personele sözleşme ekinde düzenlenen disiplin hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bkz: D8D., E. 1998/920, K. 1998/1846, K.T. 22.05.1998, Kazancı.

⁵⁵² KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 76-77.

⁵⁵³ ULUSOY, s. 26.

da esas alınmak üzere savunulabilirse de⁵⁵⁴ askeri disiplin hukukunda disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi ve tüm cezaların idari işlemlere süresiz etkisi nedeniyle bu cezalar bakımından bu görüşün savunulması mümkün değildir. Ayrıca AİHM’ne göre ağır ve önemli etki doğuran cezalar için getirilen üst mercie başvuru (itiraz, dava) yolu usule ilişkin bazı eksiklikleri telefi edebilecek nitelikte iken⁵⁵⁵, bu görüşün bazı cezalara karşı yargı yolu kapalı olan ve klasik hiyerarşik itiraz yolu işletilen askeri disiplin hukukunda savunulması mümkün değildir.

Askeri disiplin hukukunda disiplin yaptırımları personelin hak ve hürriyetleri üzerinde ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle insan haklarının ve hukuk devletinin korunmasının araçlarından olan temel ceza hukuku ilke ve kuralları disiplin cezaları için de uygulanmalı⁵⁵⁶, ceza hukukunun güvence fonksiyonu disiplin hukukunda niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulmalıdır.

2. Yargı Makamlarının Tutumu

Ceza hukukunun temel nitelikteki koruyucu ilke ve kuralları idari yaptırımlar alanında (disiplin hukukunda) mahkeme içtihatlarıyla uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin Danıştay 13. Dairesi verdiği bir kararında idari yaptırım niteliğindeki para cezasının içeriğinde taşıdığı cezalandırma iradesi ve potansiyel cezanın ağırlığını dikkate alarak, tarafın ceza hukukuna ilişkin bir takım güvencelerden yararlanması ve bu nedenle de “yaptırım tehdidine maruz kalan tarafa kendini savunma hakkı tanınması gerektiği (ne)” karar vermiştir⁵⁵⁷. Bir diğer kararında ise Danıştay, “İnzibati cezaları tatbik ederken, idari mevzuatta yazılı olmasa bile, Ceza Hukuku prensiplerinin tatbiki iktiza eder. Bu itibarla haksız tahrik neticesinde ve mukabele ederek amirini tahkir eden memura verilen inzibati cezanın, hafifletilmesi lazım

⁵⁵⁴ ULUSOY, s. 28.

⁵⁵⁵ AİHM, M./Fransa, 24.9.2009; Gubler/Fransa, 27.7.2006; (Nakleden: ULUSOY, s. 40-41).

⁵⁵⁶ ASLAN, s. 136; YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 3. Kabahatler kanunu kapsamında verilen idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı idari yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulabilmesini mümkün kılan düzenlemenin gerekçesindeki “*idari yaptırım kararlarının bir idari işlem olmasının ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde olduğu düşüncesiyle; kabahatler karşılığında öngörülen idari para cezası (...) kararlarına karşı idari yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulabilmesini mümkün kılan düzenleme yapılmıştır.*” düşüncesi idari yaptırımların hukuki niteliği ile örtüşmemektedir. Ceza hukuku kurallarının disiplin cezaları için de uygulanması, söz konusu yaptırımların niteliğini etkilemeyecektir. KARABULUT, s. 15.

⁵⁵⁷ D.13.D., E. 2009/5890, K. 2013/847, K.T. 26.03.2013, Kazancı.

gelir.” gerekçesi ile “haksız tahrik”in disiplin cezaları için de hafifletici neden olduğuna karar vermiştir⁵⁵⁸.

AYM ise disiplin hukukuna ilişkin verdiği bir kararında disiplin yaptırımlarının yoğun maddi cebir taşımasından dolayı, Anayasa’nın 38’inci maddesi ile adli cezalar için getirilen ilkelerin idari suçlar içinde uygulanacağı ifade etmiştir. Mahkemeye göre, “Öte yandan, adli suçlar karşılığında öngörülen yaptırımlar idari suçlardan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirse de her iki alanda öngörülen yaptırımlar yoğun maddi cebir içermektedir. Bu nedenle Anayasa’nın 38. maddesinde öngörülen ilkelerin idari suçlar yönünden de uygulanması gerekmektedir.”⁵⁵⁹

Disiplin hukukunda aleyhe bozma yasağı, lehe kanun uygulaması, cezaların şahsiliği ilkesi, mükerrer cezalandırma yasağı, masumiyet karinesi, hukuka aykırı bulguların delil olarak kullanılması yasağı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile belirlilik ilkesi uygulama bulmalıdır.

a. Aleyhe Bozma Yasağı

Aleyhe bozma yasağı kişilerin hak arama özgürlüğünü güvence altına alan bir ilkedir. Hakkında verilen yaptırım kararına karşı üst makamlara itiraz etmenin veya yaptırım kararını yargı denetimine tabi kılmanın aleyhe netice verebileceği kabul edilirse, bu yollara başvurmadan çekinen asker kişinin hukuka aykırı olan yaptırım kararına rıza gösterebileceği mahsuru, ceza usul hukukunda uygulanan aleyhe bozma yasağının disiplin hukukuna uygulanması ile bertaraf edilmelidir. Disiplin hukukunda aleyhe bozma yasağını kabul etmemek savunma hakkına yeterli değeri vermemek anlamına gelir. Hümanist ceza usul hukukunun kazanımı olan ve hukuk devleti ile demokratik devlet kurallarının sağladığı teminatlara dâhil olan aleyhe bozma yasağı⁵⁶⁰ disiplin hukukunda da yer bulmalıdır.

Bu konuda Danıştay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, davacıya verilen aylıktan kesme cezası yerine daha ağır ceza olan kademe

⁵⁵⁸ D5D., E. 616, K. 3119, K.T. 23.02.1952, (Nakleden: KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 74).

⁵⁵⁹ AYM, E. 2015/22, K. 2015/37, RG: 15.04.2015-29327.

⁵⁶⁰ Faruk EREM, “Aleyhe Bozma Yasağı”, ABD, C. 24, S. 4, Y. 1967, s. 617.

ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi gerektiğinden bahisle uyuşmazlığa konu disiplin cezasını iptal etmiştir. Ancak Danıştay, “Davacının, menfaatinin, dava konusu işlemle belirlenen hukuki durumdan daha ağır biçimde ihlaline yol açacak şekilde karar verilmesi "aleyhe karar verilmesi yasağı" ilkesine aykırıdır. Başka bir anlatımla anayasal bir hak olan dava hakkını kullanan bir kişinin, bu hakkı kullanması nedeniyle yargı kararı ile dava konusu işlemde daha ağır bir hukuki durumla karşı karşıya bırakılması sözkonusu olamaz.” gerekçesi ile iptal kararını bozmuştur⁵⁶¹.

TSK D.K. madde 14’de tekerrür halinde yaptırımın ağırlaştırılarak verilmesi düzenlenmiş ve bu konuda yetkili makamlara takdir hakkı bırakılmamıştır. Yaptırımın ağırlaştırılması gerektiği halde yetkili makam tarafından bir derece ağır yaptırım uygulanmamış ise, bu yaptırıma karşı açılan dava veya yapılan idari itiraz sonucunda, yaptırımın ağırlaştırılarak verilmesi gerektiği gerekçesi ile aleyhe bozma yasağına aykırı bir şekilde bozma kararı verilemez. Her ne kadar alınan yaptırım kararı mevzuata aykırı olsa da, dava açma ve idareye başvurma gibi hak arama özgürlüğünün kullanılması asker kişinin aleyhine sonuç doğurmamalıdır. Atay’a göre de, mahkemenin davacının aleyhine verilen disiplin cezasının daha ağır bir ceza olması gerekçesi ile karar vermesi aleyhe bozma yasağı ilkesi dolayısıyla söz konusu olamaz⁵⁶².

Disiplin cezalarına itiraz üzerine üst disiplin amirinin verebileceği kararlar TSK D.K. m. 41/4’de özel olarak belirtilmiştir. Bu hükme göre itirazı inceleyen makam verilen cezayı miktar olarak “hafifletebilir”, bir derece alt ceza uygulamasına gidilmemiş ise kendisi bu yetkiyi kullanarak bir derece alt ceza verebilir veya cezayı “tamamen kaldırabilir”, itiraz haklı görülmez ise “ret” olunur. İtiraz makamının bunun dışında bir karar vermesi, sözgelimi ceza miktarını arttırması, TSK D.K.’ya göre mümkün değildir.

⁵⁶¹ D8D., E. 1997/4389, K. 1998/440, K.T. 16.02.1998, Kazancı.

⁵⁶² ATAY, s. 884.

b. Disiplinsizlik ile Yaptırımın Kesinleşmesi Arasındaki Süreçteki Mevzuat Değişikliklerinde “Lehe Kanun”un Uygulanması

Hukuk kurallarında oluşan değişiklikler sonucunda kişilerin lehine bir durum oluşması halinde, mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmasa bile, söz konusu değişikliğin kesinleşmeyen veya yerine getirilmeyen idari cezalara (disiplin cezalarına) uygulanması gerekmektedir. Lehe kanun uygulaması disiplin cezalarında da uygulanması gereken temel ceza hukuku ilkesi olup Anayasa’nın 38’inci maddesi kapsamındadır⁵⁶³. Danıştay’da yerleşik içtihadında bu ilkenin tüm idari cezalar için uygulanmasını hukuksal zorunluluk olarak görmektedir⁵⁶⁴.

Ancak Danıştay işverene verilen idari para cezasına ilişkin olarak verdiği bir kararında, işlemin tesis edildiği tarihten sonra meydana gelecek yasal değişikliklerin mevcut işlemi sakatlamayacağı, dolayısıyla işlem tarihinden sonra yürürlüğe giren yasayla yükümlü işveren lehine hüküm getirilse dahi, yasada açıkça öngörülmedikçe, lehe olan hükmün geriye yürütülmesi suretiyle işverene uygulanmasının hukuken mümkün olmadığına karar vermiştir.⁵⁶⁵ Fakat Danıştay İDDK ise yerleşik içtihatlarında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiğine karar vermekte⁵⁶⁶, para cezaları bakımından ise “yorumlu ret” tekniğini kullanarak lehe kanun ile oluşan yeni hukuki durumun işlemi sakatlamamakla birlikte tahsilât aşamasında göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermektedir⁵⁶⁷.

⁵⁶³ ATAY, s. 878.

⁵⁶⁴ ULUSOY, s. 71.

⁵⁶⁵ D10D., E. 2010/814, K. 2010/409, K.T. 30.04.2010, Kazancı; Aynı yönde bkz: D13D., E. 2007/12878, K. 2009/1105, K.T. 26.01.2009; D13D., E. 2007/3869, K. 2008/6939, K.T. 24.10.2008, Kararlar için bkz: ULUSOY, s. 78-79.

⁵⁶⁶ “Yukarıda değinilen yasal hükümler karşısında; idari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir. Bu itibarla, Daire kararında yer alan, idari para cezası verildikten sonra idari para cezasına esas alınan Yasa hükümlerindeki değişikliğin tekrar dikkate alınmayacağı yolundaki gerekçede hukuki isabet bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” DİDDK, E. 2008/3398, K. 2009/60, K.T. 19.02.2009, Kazancı; “...”lehe olan kanun hükümlerinin geçmişe yürüyeceği” yolundaki Ceza Hukukunun temel ilkesinin gümrük uyuşmazlıklarındaki para cezalarında da uygulanacağı tabiidir.” D7D., E: 2009/9068, K. 2013/2401, K.T. 08.05.2013; Aynı Yönde bkz: D3D, E. 1996/4162, K. 1997/4829, K.T. 31.12.1997; D12D., E. 2011/7801, K. 2012/6141, K.T. 09.10.2012, Kazancı.

⁵⁶⁷ “İdari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı olan kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınmasının gerektiği; ancak, idarece verilen para cezasının tahsili aşamasında şayet ceza miktarında lehe bir değişiklik varsa, bu miktar esas alınarak tahsilat yapılacağından, bu durumun, tespit tarihinde

AYM bireysel başvuruya ilişkin bir kararında, kendisine mevzuata aykırı bütün satışı yapmasından dolayı verilen idari para cezasının kesinleşmesinden sonra ve fakat uygulanmasından önce, kişinin lehe olarak düzenlenen ilgili kanun hükmünden yararlanmak amacıyla yaptığı başvurusunun Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde reddedilmesinden dolayı hak ihlaline uğradığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, *“Başvuruya konu olayda, kabahat nedeniyle başvurucuya bir yaptırım uygulanmış, ancak henüz bu yaptırım kararı yerine getirilmeden, sonradan yürürlüğe giren kanunla, isnat edilen suçun unsurlarında ve cezasında lehe olacak şekilde değişiklik yapılmıştır. Buna göre, lehe kanun değerlendirmesinde maddi ceza hukukuna ilişkin zaman bakımından uygulama kurallarının geçerli olması ve Mahkemece, cezası henüz infaz edilmemiş olan başvuru hakkında lehe kanun uygulamasının yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.”*⁵⁶⁸

Lehe kanun uygulaması disiplin cezası kararının yargısal yönden de kesinleşeceği ana kadar (dava aşamasında da) uygulama alanı bulmalıdır. Bu bakımdan izinsiz il dışına çıkma fiilinden verilen cezalara karşı açılan davaların devam ettiği süreçte bu fiil kanun değişikliği ile disiplinsizlik olmaktan çıkarılmıştır. Danıştay, ceza hukuku müessesesi olan lehe olan kanun hükmünün uygulanması ilkesinin niteliği uygun düştüğü ölçüde memur disiplin hukukuna da uygulanması gerektiğini, bu nedenle oluşan yeni durumda davacının disiplin hukuku anlamında konusu suç olan bir fiilin varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile verilen disiplin cezalarını iptal etmiştir⁵⁶⁹.

TSK D.K.'ya 22 Ocak 2015 tarihinde eklenen ek madde ile erbaş ve erler tarafından işlenen ve aynı zamanda adli suç olan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması, satılması vb. fiilleri disiplinsizlik olarak tanımlanmıştır. Bu tarihten önce işlenen bu fiillere disiplin yaptırımı uygulanması hukuka aykırı olacaktır. Nitekim Danıştay, fiilin işlendiği tarihte usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmamakta iken, fiilin sonradan yürürlüğe giren

yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak tesis edilen işlemin iptalini gerektirmez.” DİDDGK, E. 2008/3398, K. 2009/60, K.T. 19.02.2009, Kazancı.

⁵⁶⁸ AYM, B.N. 2012/731, K.T. 15.10.2014. RG: 17.12.2014.

⁵⁶⁹ D12D., E. 2009/4924, K. 2012/4149, K.T. 13.06.2012, DD, Y. 2012, S. 131.

yönetmeliğe dayanılarak yaptırıma tabi kılınması işlemini hukukun genel ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir⁵⁷⁰.

Danıştay DDK ise, disiplin yaptırımları ile cezaî yaptırımlar arasındaki farklılıkları ayrıntılı olarak ortaya koyduğu bir kararında, kanunda düzenleme bulunmamasına rağmen mevzuat değişiklikleri sebebiyle oluşan lehe hükümlerin disiplin hukukunda disiplinsizliği işleyen kişilere de uygulanması gerektiğine karar vermiştir: “*Kural olarak idari işlemlerin yargısal denetimi tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yapılmaktadır. Bu anlamda idari işlem niteliğindeki disiplin yaptırımının da tesis edildiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuata göre yargısal denetiminin yapılması gerekmekte ise de, ilke olarak suç ve cezada lehe olan normun uygulanması kuralının disiplin cezaları yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir*”⁵⁷¹.

Her ne kadar usul kurallarında derhal uygulama ilkesi geçerli olsa da savunma hakkı, soruşturma yapma zorunluluğu gibi esas etkileyecek usul kuralı değişikliği durumunda bu kuralın da lehe kanun uygulaması kapsamında cezanın yargısal yönden kesinleşeceği ana kadar uygulanması gerekir⁵⁷². Nitekim Danıştay, 2010 yılında uyarma ve kınama cezalarına yargı yolunu açan düzenleme sonrasında verdiği kararlarında, 2010 yılından önce verilen ancak bu değişiklik tarihinde yargısal yönden kesinleşmeyen cezalara karşı lehe olan usul kuralını uygulayarak yargısal denetim yolunu açmıştır⁵⁷³.

⁵⁷⁰ “...meydana geldiği tarihte hukukun öngördüğü koşullara uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir disiplin yönetmeliği bulunmaması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasına olanak bulunmayan eylemleri, sonradan yürürlüğe konulan bir disiplin yönetmeliği kapsamına alarak disiplin cezasına tabi tutmak hukukun genel ilkeleriyle bağdaşmaz. ” D8D., E. 1984/958, K. 1984/1262, K.T. 12.06.1984; KARABULUT, s. 125.

⁵⁷¹ DİDDK, E. 2008/3476, K. 2012/2256, K.T. 26.11.2012, DD, Y. 2013, S. 133.

⁵⁷² ULUSOY, s. 61-62.

⁵⁷³ DİDDK, E. 2008/420, K.T. 26.11.2012. (Nakleden: ULUSOY, s. 61-62).

c. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Kimsenin başkasının fiilinden dolayı cezalandırılmayacağı anlamına gelen bu ilke evrensel ceza hukuku kuralı olup Anayasa'nın 38'inci maddesiyle güvence altına alınmıştır. Cezaların şahsiliği ilkesi disiplin hukukunda da geçerli bir ilkedir⁵⁷⁴.

Disiplin hukukunda uygulanan aylıktan kesme ve ayırma disiplin cezaları asker kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişileri etkileyebilecek niteliktedir. Ancak bu etki tüm müeyyideler bakımından ortaya çıkabilecek bir sonuç olup yansıma yoluyla oluşacak bu etki cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmayacaktır.

Ceza infaz kurumlarındaki hükümlülere 5275 sayılı Kanun kapsamında uygulanan (m. 38) "*Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama*" disiplin cezasının cezaların şahsiliği ilkesine (AY. m. 38) aykırı olduğu gerekçesiyle önüne gelen davada AYM, hükümlüye gelen mektup, faks ve telgrafların disiplin cezasının infazından sonra kendisine verileceği, bu yasaklamanın yakınların ölümü veya doğal afetlerde geçerli olmayacağı gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir.

Ancak söz konusu karara karşı oy yazan üye Ali Feyyaz Paksüt'ün de ifade ettiği üzere, söz konusu ceza, hükümlünün eş ve çocukları üzerinde doğrudan ağır sosyal ve psikolojik sonuçları doğurabilecek niteliktedir. Bu nitelikte bir ceza hükümlünün eş ve çocuklarının temel hakları üzerinde cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bir biçimde kısıtlayıcı hukuksal eki göstermekte, eş ve çocuklarının iletişim ve ana-baba ile doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakları sınırlandırılmaktadır. Bu ceza ile sadece hükümlü değil eş ve çocuklar da cezalandırılmaktadır. Bu nedenle bu nitelikte bir disiplin cezasının Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı kabul edilmesi gerekir.

Askeri disiplin hukukunda uygulanan hizmet yerini terk etmeme (tatil günleri dışında yerine getirilme ve her gün en fazla bir saat ziyaretçi kabul edebilme) ve hizmete kısmı süreli devam (tatil günleri dışında günde en fazla 3 saat süre ile) cezasında her ne kadar asker kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişiler etkilense de,

⁵⁷⁴ ATAY, s. 877-878; "... ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesinin idari para cezaları alanında da geçerli olduğu, anılan idari para cezasının mirasçılardan tahsili olanağı bulunmadığı (...) Danıştay 13. Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu..." DiDDK, E. 2006/2914, K. 2007/1316, DD, S. 117, (Nakleden: ATAY, s. 877-878).

bu cezaların yerine getirilme şekilleri nedeniyle bu etki hafif nitelikte kalacak ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmayacaktır.

d. Mükerrer Cezalandırma Yasağı (Non Bis İn İdem İlkesi)

Non bis in idem ilkesi, aynı fiilinden dolayı bir kimsenin mükerrer yargılama ve cezalandırılmaya maruz kalmaması anlamına gelen, bireyi koruyucu nitelikte bir evrensel ceza hukuku ilkesidir. Bu ilke ülkemizde Anayasal güvence altına alınmamışsa da, bu ilkeye uygun işlem tesis etmek, 1982 Anayasası'nın 2. maddesindeki, "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığı altında Devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olması ilkesinin bir gereğidir⁵⁷⁵.

14. Viyana Ceza Kongresinde "*Muhakemeye İlişkin Esaslar*" başlığı altında alınan kararlardan birisi de, aynı fiile idari yaptırım uygulanmasının yanında bir de adli ceza uygulamasına gidilmesinin yasal düzenlemelerle engellenmesi, hatta idarenin vereceği cezanın ceza mahkemesince verilen cezadan mahsup edilmesi gerektiğidir⁵⁷⁶. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. Ek Protokolü'nün "*Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı*" başlıklı 4. maddesi de Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayacak şekilde henüz onaylanmamıştır⁵⁷⁷.

Şen'e göre, adli, idari ve disiplin cezaları arasında non bis in idem prensibinin katı şekilde uygulanması mümkün değildir. Ceza hukuku ve idari ceza hukukunun öngördüğü yasak ve yaptırımlar farklı hukuki yarar, konu ve unsurları öngörebilir. Bu sebeple, bir eylemle iki farklı hukuki menfaati koruyan kuralın ihlal edildiği durumda, non bis in idem prensibi her bir hukuk dalının kendi içerisinde geçerli olacak, fakat birbirleri arasında bağlayıcılık taşımayacaktır.⁵⁷⁸

Aynı fiile birden fazla ceza verilmemesi ilkesi, bir fiile birbirinden farklı nitelikte yaptırımların uygulanamayacağı anlamına gelmez. Örneğin disipline aykırı

⁵⁷⁵ Ersan ŞEN, **Ne Bis İn İdem Prensibi**, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/ne-bis-in-idem-prensibi,7328>. E.T. 01.01.2015.

⁵⁷⁶ Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları, 1-7.10.1989, Viyana, Çeviren: Nur CENTEL, Argumentum, Y. 1, S. 1, s. 7, (Nakleden: OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 110).

⁵⁷⁷ ŞEN, Ne Bis İn İdem Prensibi; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. Ek Protokolü'nün 4. maddesine göre, "(1) Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

⁵⁷⁸ ŞEN, Ne Bis İn İdem Prensibi.

bir fiilin aynı zamanda suç oluşturması durumunda disiplin ceza yaptırımını yanında şartları oluşmuşsa adli ceza yaptırımını da uygulanabilir. Çünkü her iki yaptırım birbirinden farklı hukuki menfaati (kurum içi düzeni koruma amacı/toplumsal düzeni koruma amacı) korumaktadır. Ancak aynı yaptırım türü içerisinde bir fiile birden fazla yaptırım uygulanamaz.

Tartışılması gereken bir konu da kamuda çalışan bir meslek mensubuna (avukat, doktor vb.) hem meslek odası hem de çalıştığı kurum tarafından disiplin cezası verilip verilmeyeceğı hususudur. Ulusoy’a göre meslek odası meslek etiğine aykırı bir davranışa disiplin cezası verebileceğı gibi söz konusu fiilin çalıştığı kurumun hizmet düzenini bozması halinde kurum tarafından da disiplin cezası verilebilir. Bu durum ifte cezalandırma yasağına aykırı değıldir. Bunu nedeni meslek düzeni ve kurum içi düzenin farklı hukuki menfaatler olmasıdır⁵⁷⁹. Sancakdar’a göre ise, aynı disipliner fiilden dolayı aynı kişi hakkında aynı kurumca birden fazla disiplin soruşturması aılamaz. Yazar’a göre “*aynı fiil sebebi ile her bir kurumun diğlerinden farklı ve bağımsız olan düzeni ihlal edilmişse her biri kendi açısından ayrı bir soruşturma yapabilmelidir. Bundan farklı olan husus ise aynı fiilden dolayı aynı kurumca birden fazla disiplin soruşturmasının yapılamayacağıdır.*”⁵⁸⁰

İçinde bulunulan birden fazla statü dikkate alınarak, kişinin tek bir disiplinsizliğı nedeniyle birden fazla yaptırıma tabi tutulabilmesine TSK disiplin hukuku sisteminde de rastlanabilmektedir. TSK Öğrenci Disiplin Yönetmeliğı m. 32/6’ya göre; “*Bu Yönetmelikte belirlenmiş olan disiplinsizlikler veya benzer eylemler nedeniyle öğrencinin Türk Silahlı Kuvvetleri adına öğrenim gördüğü sivil fakülte veya yüksek okullarda cezalandırılmış olması, öğrencinin bu Yönetmelikte belirlenen esaslar doğırtusunda disiplin amirlerince veya öğrenci disiplin kurullarınca da cezalandırılmasına engel teşkil etmez. Ancak benzer olmayan eylemler nedeniyle öğrenim gördüğü sivil fakülte ve yüksek okullarda cezalandırılmış olan öğrencinin disiplin puanından, bu eylemler nedeniyle düşülecek ceza puanı miktarları ile yapılacak diğeri idari işlemler ceza inceleme kurulları tarafından*

⁵⁷⁹ ULUSOY, s. 167. Bu görüş ULUSOY’un “İdari Yaptırımlar” eserinin temelinde ortaya koyduğı “birey hakları lehine yorum” anlayışıyla ciddi anlamda çelişmektedir.

⁵⁸⁰ SANCAKDAR, İdare Hukuku, s. 472; SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden ıkarma, s. 312.

belirlenir.” Aynı şekilde 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m. 43’e göre “*Silahlı Kuvvetler mensupları kanunla kurulan meslek kuruluşlarına üye olamaz ve organlarında görev alamazlar. Ancak üye olamamaları kanunlarda belirtilen diğer kayıt ve şartlara uymak kaydıyla meslekleriyle ilgili görevlerde çalışmalarına, mesleki hizmetleri yürütmelerine, yetkilerini kullanmalarına, mesleki eğitim ve öğretim yaptırılmalarına, kurum amirlerinin izniyle kuruluşun bilimsel çalışmalarına katılmalarına, meslek kural ve koşullarına uymak yükümlülüklerine, haklarında disiplin cezası uygulanmasına, özel kanunların öngördüğü kayıtlarla mesleklerini serbestçe icra etmelerine, resmi veya özel bir görev almalarına engel teşkil etmez.*”

Bu düzenlemeler ile öğretideki görüşler dikkate alındığında; kişinin tek bir fiili nedeniyle birden fazla kurum tarafından disiplin yaptırımına tabi tutulabilmesi uygulaması, kişinin orantısız bir yaptırıma tabi tutulmamasındaki kişisel yarar ile kurum içi düzenin sağlanması ve meslek vakarının korunması ile oluşacak kamu yararı arasındaki dengeyi kamu görevlisi aleyhine bozmakta ve ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir. Bu görüşlerin kişiyi tek ve yeterli bir yaptırıma tabi tutup ıslah etmenin ve gereğinden fazla tedip etmemenin gerekliliği karşısında savunulması mümkün değildir. Bu uygulamanın önüne geçilebilmesi için ise, Anayasa’nın “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler*” kısmındaki “*Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence*” başlıklı 129’uncu maddesine bu yönde bir hüküm eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mükerrer cezalandırma yasağı konusuna TSK D.K. çerçevesinde bakılacak olursa, Kanun’un 5’inci maddesine göre, asker kişinin işlemiş olduğu bir fiil hakkında adli soruşturma veya kovuşturma açılmış olması disiplin soruşturması veya tahkikatı yapılmasını, disiplin cezası verilmesini engellemeyecektir. Bu madde ile bir fiile adli nitelikte bir yaptırım ile idari nitelikte bir yaptırım (disiplin yaptırımı) uygulanabilmesi imkânı getirilmiştir. Nitelik olarak birbirinden farklı olan bu yaptırımların aynı fiile uygulanması non bis in idem ilkesini ihlal etmeyecektir⁵⁸¹.

TSK D.K.’da non bis in idem ilkesi “idari yaptırımlar şemsiyesi” içerisinde değil sadece disiplin cezaları içerisinde kabul görmektedir. Asker kişiye bir fiil nedeniyle sadece bir disiplin yaptırımı (TSK D.K. m. 4/2), bir fiilin birden fazla

⁵⁸¹ OĞURLU, Ne Bis İn Idem, s. 108.

disiplinsizlik teşkil etmesi halinde ise ağır olan disiplin yaptırımı uygulanacaktır (TSK D.K. m. 4/3). Buna göre bir fiilin disiplinsizlik teşkil etmesinin yanında ayrıca başkaca bir idari yaptırım gerektirmesi halinde (örneğin Kabahatler Kanunu kapsamında bir yaptırım), disiplin cezası yanında başkaca bir idari yaptırım uygulanabilecektir (TSK D.K. m. 4/4).

Disiplin cezalarının idari yaptırımlar kategorisi içerisinde bir tür idari yaptırım olduğu düşünüldüğünde⁵⁸², bir fiile disiplin yaptırımı uygulanmasının yanında ayrıca aynı nitelikte başkaca bir idari yaptırımın uygulanacak olması ilk bakışta non bis in idem ilkesine aykırı görünmektedir. Ancak disiplin yaptırımları idari yaptırımlar kategorisi içerisinde bulunsa da, kurum içi düzeni, hizmet düzenini korumayı amaçlamakta, diğer idari yaptırımlar ise toplum düzenini korumaktadır. Bir fiilin hizmet düzenini bozmasının yanında toplumsal düzeni de bozması halinde bu fiilin birden fazla yaptırımla karşılaşmasının, yaptırımların nitelikleri aynı (idari) olsa da, non bis in idem ilkesine aykırı olmayacaktır. Nitekim Kabahatler Kanunu kapsamında uygulanan idari yaptırımlar toplum düzenini korumaktadır. Aynı şekilde adli cezalar ile de toplum düzeni korunmakta ve bu nedenle de kabahatler ile adli cezalar arasında (aynı ağırlıkta olmasa da aynı nitelikte hukuki menfaat korunduğundan) bu ilke uygulanmaktadır⁵⁸³. Ayrıca disipline aykırı bir fiile disiplin yaptırımı yanında başka bir idari yaptırım da uygulanması yerine, tek fakat etkin bir yaptırımın uygulanması olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından daha doğru olacaktır⁵⁸⁴.

Askeri disiplin hukukunda uygulanan disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminin⁵⁸⁵ ise klasik bir çifte cezalandırma örneği olduğu kanaatindeyiz. Bu

⁵⁸² GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 130, 156, 160, 167; ERKUT, İdari İşlemin Kimliği, s. 72-73.

⁵⁸³ Kabahatler Kanunu m. 15/3: *Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*

⁵⁸⁴ OĞURLU, Ne Bis İn İdem, s. 108.

⁵⁸⁵ **6413 sayılı TSK D.K.: Disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesi**

MADDE 21 – (1) Aşağıda belirtilen durumlar disiplinsizliği alışkanlık hâline getirme olarak kabul edilir ve sözleşmeli subay ve astsubaylar hariç subaylar, astsubaylar ve uzman jandarmalar hakkında ayırma cezası verilir.

a) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde on sekiz disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam on iki defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

sisteme göre, belli bir disiplin ceza puanına ulaşan veya belli sayıda ceza alan asker kişiye ayrıca TSK'dan ayırma cezası verilmektedir. Asker kişiye verilen tüm disiplin cezalarının toplanarak en ağır ceza olan ayırma cezası tesis edilmesi, evrensel ceza hukuku prensibi olan non bis in idem ilkesine aykırı olmanın yanı sıra asker kişinin çalışma hakkı (AY. m. 49) ve kamu hizmetlerine girme hakkını (AY. m. 70) orantısız bir şekilde kısıtlamaktadır. Aynı sistem askeri öğrenciler için de disiplin puanı üzerinden yapılmakta, tüm cezaların toplamına bir de askeri eğitim kurumundan çıkarma cezası verilerek askeri öğrencinin eğitim ve öğrenim hakkı (AY. m. 42) orantısız bir şekilde çifte cezalandırma ile kısıtlanmaktadır.

Ceza puanı sistemine Karayolları Trafik Kanunu'nda da rastlanmaktadır. Karayolları Trafik Kanunu'nun *“Ceza puanı uygulaması, puanlama ve trafik kazası nedeniyle sürücü belgelerinin geri alınması”* başlıklı 118'inci maddesi ile getirilen sistemde, 100 ceza puanını dolduran sürücülerin ehliyeti belli süreyle geri alınmaktadır. Ehliyetin belli süreyle geri alınabilmesi bir tür “idari ceza” değil “idari tedbir”dir. Bu nedenle, ehliyetin süresiz geri alınması uygulaması hariç olmak üzere, ehliyetin belirli süreyle geri alınması uygulamasının mükerrer cezalandırma yasağına aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Ancak TSK disiplin hukukunda uygulanan disiplin ceza puanına bağlı ayırma sisteminde, belli sayıda veya puanda ceza alınması halinde daha ağır bir yaptırım uygulanmaktadır. Bu nedenle söz konusu uygulamanın mükerrer cezalandırma yasağına aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Disiplin ceza puanının bağlı ayırma sistemi hukuken uygulama kabiliyetinden de yoksundur. Çünkü TSK D.K. madde 4/2 deki *“Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez”* düzenlemesi askeri disiplin hukukunun genel hükmü niteliğindedir. Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası ise madde 11/1-f de en ağır ceza türü olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Kanunun 21'inci maddesi kapsamında uygulanacak disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi, Kanun'un genel hükmü niteliğinde olan *“Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez”* hükmüyle çeliştiğinden dolayı

b) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son beş yıl içinde otuz beş disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam yirmi beş defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

hukuken uygulama kabiliyetinden yoksundur. Ancak uygulamada bu sisteme dayalı olarak ayırma cezası tesis edilmektedir.

Askeri ceza hukuku asker kişilerin işleyebileceği kamu düzenine aykırı fiilleri cezalandırarak en temelde ordunun disiplinli çalışmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifade ile Askeri Ceza Kanunu ile temelde korunan hukuki menfaat ordunun düzenidir. Nitekim AYM'ye göre de, *“Askerî suçlar, askerî disiplini korumak ve sürdürmek, adalet ile disiplin arasında denge sağlamak, başka bir deyişle adil ve sürekli bir disiplin düzeni oluşturmak amacıyla ihdas edilmiştir”*⁵⁸⁶. Bu açıdan bakıldığında askeri ceza kanununda “suç” olarak tanımlanan fiillerin aynı zamanda TSK Disiplin Kanununda “disiplinsizlik” olarak tanımlanması non bis in idem ilkesine aykırılık oluşturacak mıdır? Örneğin mevcut sistemde kavga etmek disiplinsizliği hem disiplin cezasını gerektiren bir fiil iken hem de üste fiilen taarruz (AsCK m. 91) veya asta müessir fiil (AsCK m. 117) askeri suçunu da oluşturabilecektir.

Ayrı hukuki menfaatleri koruyan müeyyideler bakımından aynı fiil nedeniyle faile hem adli hem de idari cezaların birlikte uygulanması mümkündür⁵⁸⁷. Ancak ortak menfaatleri koruyan yaptırımlar arasında mükerrer cezalandırma yasağının geçerli olması gerekir. Nitekim Kabahatler Kanunu m. 15/3'e göre; *“Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”*

Askeri suç tanımı ile (AsCK ile) yaptırım altına alınan belli fiillerin aynı zamanda disiplinsizlik teşkil etmesi ve TSK D.K. ile idari yaptırıma bağlanması uygulamasının doğrudan mükerrer cezalandırma yasağına aykırı olacağı söylenemese de, “ordunun disiplinini sağlamak” gibi ortak menfaatleri korumayı amaçlayan bu yaptırımlar arasında non bis in idem ilkesinin geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. “Amaçsal birliktelik” taşıyan iki ayrı düzenlemenin birbirinden farklı davranışları yaptırım altına alması, askeri suç olarak düzenlenen davranışların aynı zamanda

⁵⁸⁶ AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, K.T. 27.3.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁵⁸⁷ Metin FEYZİOĞLU, *“İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Tutumu”*, TBBD, 1993, S. 1, s. 19.

disiplinsizlik olarak düzenlenmemesi gerektiği, AsCK kapsamında suç olmayan fiillerin TSK D.K.'da disiplinsizlik olarak tanımlanması gerektiği kanaatindeyiz.

e. Kanuna Aykırı Olarak Elde Edilmiş Bulguların Delil Olarak Kabul Edilmemesi

Öğretideki birçok görüş ile Danıştay ve Yargıtay uygulamasında hukuka aykırı delillerin disiplin hukukunda kullanılabileceği savunulmaktadır. Danıştay ceza yargılamasında kullanılmayan delillerin disipline aykırı fiillerin tespitinde kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin verdiği birçok kararında, adli suçlarla disiplin suç ve cezaları arasındaki benzerlik ve farklılıkları ayrıntısıyla anlatmış ve disiplin hukukunda hukuka aykırı delil kullanılabileceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre *“Disiplin soruşturması ve yargılaması, ceza soruşturma ve kovuşturmasından bağımsız ve ayrı olduğundan ceza yargılamasında kullanılmayan veya kullanılmayan bir kısım delillerin disiplin soruşturması ve yargılamasında kullanılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*⁵⁸⁸

Yargıtay bir kararında hakkında disiplin soruşturması yürütülmesi için fezleke düzenlenen, ancak, cezai açıdan kovuşturulması için somut bir delil elde edilemeyen bir yargı mensubu hakkında iletişimin tespitine karar verilemeyeceğine hükmetmiş ve hükme esas alınamayan hukuka aykırı delillere dayanılarak disiplin işlemi yapılması için dosyayı HSYK'ya göndermiş, zımni olarak hukuka aykırı delillere dayanılarak disiplin işlemi yapılabilmesine karar vermiştir⁵⁸⁹.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu ise 29.06.2004 tarihli ve 2004/96 sayılı kararında telefonu dinlenen sanıklar ile haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişi konumunda bulunan Yargıtay Üyeleri hakkında, dinlemeyle elde edilen

⁵⁸⁸ D12D, E. 2010/64, K. 2011/474, K.T. 04.02.2011, Kazancı; D12D., E. 2007/3065, K. 2007/5534, K.T. 27.11.2007; D12D., E. 2008/1240, K. 2008/4858, K.T. 24.09.2008, Kararlar için bkz: Seyfullah ÇAKMAK, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfi Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Y. 5, S. 49, s. 79-80; D12D., E. 2008/1444, K. 2008/4333, K.T. 04.07.2008; D12D, E. 2008/4042, K. 2008/7250, K.T. 24.12.2008; D12D, E. 2007/6148, K. 2010/2851, K.T. 26.05.2010, Kararlar için bkz: Ali, ERYILMAZ, **Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil**, HUKAB Yayınları, Ankara 2013, s. 218 vd.

⁵⁸⁹ Yargıtay 4.CD., E. 2007/8700, K.T. 06.11.2007; Bu karar Ceza Genel Kurulunda görüşülmüş olup Yargıtay 4.CD'nin disiplin hukukuna ilişkin bu görüşünü geçersiz kılacak bir değerlendirme yapılmamıştır. Ali İhsan İPEK, “İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi”, TAAD, C. 1, Y. 2, S. 7, 20.10.2011, s. 244.

delillerin ceza yargılanmasında delil olarak kullanılamayacağını belirtmiş, ancak disiplin soruşturması yapılmasına karar vererek iki Yargıtay üyesinden birini meslekten çekilmeye davet ederken, diğerine disiplin cezası vermiştir⁵⁹⁰.

Ceza hukukunda iletişimin denetlenmesi gibi birçok yöntem kullanılarak delil elde edilmekte, hukuka uygun elde edilen ve hükme esas alınan bu deliller ise disiplin hukukunda disipline aykırı fiilin tespitinde kullanılabilir. Ancak ceza muhakemesinde kullanılamayan hukuka aykırı delillerin de disiplin hukukunda kullanılabileceğine ilişkin öğretide de birçok görüş bulunmaktadır⁵⁹¹.

Ceza Muhakemesi hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin hukukun temel ilkeleri ile bireylerin hak ve özgürlüklerine uygun bir şekilde araştırılarak ortaya çıkarılmasıdır. Bu husus hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurunu oluşturmakta olup *amaca giden her yol meşrudur* anlayışının karşısında durmaktadır. Danıştay ve Yargıtay’ın tutumuna paralel bir şekilde TSK D.K. disipline aykırı eylemlerin tespiti konusunda “herhangi bir şekilde öğrenme”⁵⁹² ölçütünü benimsemiştir.

AY. m. 38/6’ya göre “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” Her ne kadar 38’inci maddenin başlığı “*suç ve cezalara ilişkin genel esaslar*” olsa da, Anayasa’nın 176’ncı maddesindeki “*madde başlıklarının metne dâhil olmadığı*” hükmü de dikkate alınarak, hukuka aykırı delillerin sadece ceza hukukunda değil bütün hukuk düzeninde kullanılamayacağını savunmak gerekir. Ayrıca, ileride ayrıntısıyla üzerinde durulacağı üzere, AYM de birçok kararında disiplin yaptırımlarının AY. m. 38 kapsamında olduğuna karar

⁵⁹⁰ M. Nihat ÖMEROĞLU, **Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması**, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>, E.T. 10.01.2015.

⁵⁹¹ ÇAKMAK, İletişimin Denetlenmesi, s. 77; İPEK, s. 239 vd; ÖMEROĞLU, Hukuka Aykırı Delil; ERYILMAZ, s. 226-235; Kenan KOÇER, **Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti**, CHD, S. 10, Seçkin Yayınevi, Ağustos 2009, s. 36. Aksi Yönde bkz: Özgün ÖZTUNÇ, **Ceza Muhakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller İle Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu**, http://www.ozgunlaw.com/articles/makale22072011_drozgunoztunc.pdf, E.T. 10.01.2015, s. 9-10.

⁵⁹² Madde 7 – (1) Maiyetinden birinin disiplinsizlik teşkil edebilecek bir fiilini veya mesleğe aykırı tutum ve davranışını **herhangi bir şekilde öğrenen disiplin amirleri** ...

vermiştir⁵⁹³. Bu nedenle disiplin yaptırımlarında hukuka aykırı delillere dayanılarak karar verilmesi AYM'nin içtihatlarına da aykırıdır.

AYM disiplin hukukuna ilişkin bireysel başvuruya konu olan birçok davada, disiplin hukukunun ceza hukukuna göre daha düşük ispat standardı gerektirdiğinden bahsetmiştir.⁵⁹⁴ Ancak bu, disiplin hukukunda hukuka aykırı delil kullanılabileceği anlamına gelmeyip, delil yetersizliği nedeniyle beraat eden kişiye ayrıca disiplin cezası verilebileceğine ilişkindir.

Ceza hukukunda kişiye verilen cezaların bir kısmı ertelenebilmekte, seçenek yaptırımlara çevrilebilmekte veya ceza hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmektedir. İçeriğindeki kötülük tehdidinin bu şekilde etkisizleştirildiği cezalar için hukuka uygun delil ile hüküm kurulması şart iken, TSK'dan ayırma ve devlet memuriyetinden çıkarma gibi kamu görevlisi üzerinde çok ciddi tehdit ve korku uyandıran bir yaptırımın hukuka aykırı delillere dayanılarak uygulanabileceğini savunmak mümkün değildir.

Hukuk düzeni bir bütündür. Hukuka aykırılık ile tüm hukuk düzenine aykırılık kastedilmektedir. Ceza muhakemesinde, hukuka aykırı olduğu için hükme esas alınamayan bir delilin aynı hukuk düzeninde uygulan farklı nitelikteki ve fakat cezai içerikli yaptırımlara esas alınabilmesi, hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Toplum düzenini koruma ereği bile hukuka aykırı delil kullanılarak oluşabilecek hak ihlallerinin önüne geçememiş iken, kurum içi düzenin korunması amacının bunu sağlayacağından hiçbir şekilde bahsedilemez.

f. Masumiyet Karinesi

AİHS m. 6/2 ve Anayasa m. 38/4 ile teminat altına alınan masumiyet karinesi, muhakeme hukukunun ve adil yargılanma hakkının temeli, AYM'nin deyimiyle

⁵⁹³ AYM, E. 1987/16, K.1988/8, K.T. 19.04.1988, RG: 23.08.1988–19908; AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T. 04.04.1991, RG: 13.08.1991-20959; AYM, E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011, RG, 07.02.2012-28197; AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.03.2014-28954; AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, K.T. 10.10.2013, RG: 09.05.2014-28995; AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 03.10.2013, RG: 18.01.2013-28886.

⁵⁹⁴ AYM, B.N. 2013/5996, K.T. 15.10.2014, RG: 17.12.2014; AYM, B.N. 2013/1728, K.T. 12.11.2014, RG: 31.12.2014.

"*hukuk devleti ilkesinin bir gereği(dir)*"⁵⁹⁵. Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılmayacak nitelikte olan bu hak, bir kimsenin hakkında mahkûmiyet kararı verilinceye kadar suçsuz kabul edileceği⁵⁹⁶, diğer bir anlatımla mahkûmiyet kararına kadar kişinin suçsuz olduğunun varsayılacağı anlayışına dayanmaktadır⁵⁹⁷.

Disiplin cezalarında masumiyet karanesi bu cezanın idari anlamda kesinleştiği ana kadar geçerlidir. Asker kişinin söz konusu disiplinsizliği işlediğinin kabulü için idari anlamda kesinleşme yeterli olup yargısal kesinleşmenin beklenmesine gerek yoktur. İdari işlemler hakkında geçerli olan hukuka uygunluk karanesi ile iptal davasının idari işlemin yürütülmesini durdurmayacağı hususları da dikkate alındığında, hizmet yerini terk etmeme, hizmetten men, oda hapsi ve hizmete kısmi süreli devam cezalarının yerine getirilmesi ve daha sonra söz konusu cezaların iptal edilmesi halinde kişinin özgürlüğü kısıtlanmış olacak, telafisi imkânsız bir zarar doğmuş olacaktır. Bu cezaların yargısal denetim süreci tamamlanmadan yerine getirilmesi telafisi imkânsız zarar doğuracağından, bu nitelikte bir zararın doğmaması için bu cezalara karşı açılan iptal davalarında AYİM'in en kısa sürede yürütmenin durdurulması kararı vermesi gerekmektedir. Ayrıca asker kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan ceza türlerinde, vergi uyuşmazlıklarında olduğu gibi (2577 sayılı Kanun m. 27/4), açılan iptal davasının yürütmeyi doğrudan durduracağı yönünde bir yasal düzenlemeye de ihtiyaç duyulmaktadır.

Masumiyet karanesi sadece bir suç isnadının bulunduğu halleri kapsamamaktadır. Suç isnadı bulunmayan hallerde de resmi makamlarca kişilere suçlu muamelesinin yapılması masumiyet karanesini ihlal edecektir⁵⁹⁸. AYM'ye göre de, "*ceza yargılaması niteliğinde olmayan herhangi bir yargılamada da (hukuk, disiplin), masumiyet karanesine özen gösterilmelidir.*"⁵⁹⁹

⁵⁹⁵ AYM, E. 2013/133, K. 2013/169, K.T. 26.12.2013, RG: 09.01.2014.

⁵⁹⁶ Sulhi DÖNMEZER, "**Suçsuzluk Karanesi Üzerine Düşünceler**", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s. 67.

⁵⁹⁷ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karanesi, s. 140.

⁵⁹⁸ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karanesi, s. 141; İlhan ÜZÜLMEZ, "**Türk Hukukunda Suçsuzluk Karanesi ve Sonuçları**", TBBD, S. 58, Ankara 2005, s. 50; "*Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.*" AYM, B.N. 2012/665, K.T. 13.06.2013.

⁵⁹⁹ AYM, B.N. 2013/5996, K.T. 15.10.2014, RG: 17.12.2014.

AIHM içtihadına göre ceza davasından beraat eden davacının tutuklulukta geçen sürelerle ilişkin talep ettiği tazminat miktarının reddedilmesi masumiyet karinesinin ihlali sayılmaz. Ancak bunun için mahkemenin tazminat talebini reddederken sanığın suçluluğunu ima eden gerekçelere dayanmaması gerekir⁶⁰⁰. Aynı şekilde Sekanina/Avusturya davasında Mahkeme’ye göre, ceza yargılamasının işin esasına girilmeksizin sona erdirildiği durumlarda şüphe dile getirilebilir. Ancak, kesin hükümle beraat kararı verildikten sonra, artık şüphe gerekçe gösterilerek uyuşmazlıkla ilgili bir diğer işlem yapılamaz. Bu nedenle, beraat kararı verildikten sonra şüphenin devam ettiği gerekçesiyle talep edilen tazminatın reddi, suçsuzluk karinesinin ihlalidir. Tazminat talebine ilişkin yargılamayı yapan mahkeme beraat kararı ile bağlı değildir; bilakis tazminat talebine ilişkin yargılamada ileri sürülen delilleri göz önünde tutarak bağımsız değerlendirmelidir⁶⁰¹. AYM’de ceza davasından beraat edilen kişi hakkında, bu yargılamaya yapılan atıfla işlem tesis edilebileceğini, ancak işlem tesis edilirken beraat edilen ceza mahkemesi kararlarına dayanılmasının, beraat kararının sorgulanmasının masumiyet karinesi ile çelişeceğini ifade etmiştir⁶⁰².

Asker kişi hakkında yapılan ceza yargılamasına konu fiile dayanılarak disiplin cezası verilmesi halinde masumiyet karinesinin ihlal edilmemesi gerekir. İdare, ceza mahkemesinde yapılan yargılamada delil yetersizliği nedeniyle beraat eden kamu görevlisi hakkında mevcut delillere dayanarak disiplin yaptırımını uygulama yoluna gidebilir⁶⁰³. Çünkü AYM’nin ifade ettiği şekliyle, disiplin hukuku ceza hukukuna göre daha düşük ispat standardı gerektirmektedir⁶⁰⁴.

AYM’nin ifade ettiği şekliyle “*Askeri disiplin gerekleri dikkate alındığında masumiyet karinesinin disiplin hukukunda uygulanabilmesi için mutlaka ceza davalarının sonucunun beklenmesini gerektirdiği söylenemez. Kişinin suçluluğunu*

⁶⁰⁰ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 152.

⁶⁰¹ FEYZİOĞLU, Suçsuzluk Karinesi, s. 153-154; ÜZÜLMEZ, 51.

⁶⁰² “AYM kararının gerekçesinde, başvuru hakkında yürütülen ve beraatle sonuçlanan yargılamaya değinilmiş, başvurunun suçlu olduğunu ifade veya ima eden bir ibareye yer verilmemiştir. Bu çerçevede başvuruya konu kararın gerekçesinde yer alan ifadelerden, suçluluğu ilgili mahkeme kararıyla sabit olmayan başvurunun bu eylemleri işlediği ve suçlu olduğu inancının yansıtıldığı görülmemektedir. Mahkemenin bu gerekçesinin başvurunun masumiyet karinesine saygı ilkesiyle bağdaşmadığı söylenemez.” AYM, B.N. 2013/3170, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014-29195.

⁶⁰³ AYM, B.N. 2012/665, K.T. 13.06.2013.

⁶⁰⁴ AYM, B.N. 2013/5996, K.T. 15.10.2014, RG: 17.12.2014.

*ima eden ya da kabul eden bir yargı söz konusu olmadıkça, sadece soruşturma açılmış olması da disiplin veya idari yaptırım işlemlerinin başlatılması veya uygulanması için yeterli görülebilir*⁶⁰⁵.” Bu kapsamda, disipline aykırı fiilin aynı zamanda suç oluşturması durumunda, ceza yargılaması devam eden, hakkında HAGB kararı verilen veya delil yetersizliğinden beraat eden asker kişiye ilişkin olarak disiplin hukuku açısından yapılan değerlendirmelerde kişinin söz konusu suçu işlediği yönünde (suçsuz olmadığı yönünde) değerlendirmelerden kaçınılması gerekir⁶⁰⁶. Bu konuda AYM bireysel başvuru yoluyla TSK disiplin hukukuna ilişkin önüne gelen davalarda, ceza yargılamasında beraat eden asker kişiye idare tarafından verilen disiplin cezalarında masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediğini incelemiştir.

AYM’ye göre, idari davada uyumsuzluk konusu maddi olayın tespitinde idari yargı mercii aynı maddi olayı ele alan ceza mahkemesinin daha önce verdiği beraat kararına uygun hareket etmelidir. Kişi hakkında verilen beraat kararı sorgulanmadığı sürece, ceza mahkemesi kararı aynı maddi olay çerçevesinde daha düşük ispat standardı kullanılarak kişinin disiplin sorumluluğu çerçevesinde yaptırıma tabi tutulmasına engel teşkil etmemektedir.⁶⁰⁷ Bu kapsamda AYM bir kararında, gerek işlemi tesis eden idarenin kurduğu gerekçe, gerekse de açılan iptal davasında mahkemenin iptal talebini reddederken kurduğu gerekçeyi incelemiş ve bu gerekçelere kişinin söz konusu adli suçu işlediği yönünde bir kanaat yansıtılmış olması ve disiplin işleminin sadece bu fiillere dayandırılmış olması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁰⁸. Mahkemeye göre bu konuda karar vericilerin kullandığı dil kritik önem taşır. Kişi hakkında disiplin işlemi tesis edilirken sadece ceza mahkemesindeki yargılamaya atıf yapılması otomatik olarak masumiyet karinesinin ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir. Karar vericilerin gerekçesinde salt ceza mahkemesinde kişiye isnat edilen fiile dayanmış olması ve kişinin söz konusu suçu işlediği yönde bir düşünceye yer vermiş olması halinde masumiyet karinesi ihlal edilecektir. AYM, tamamen beraatla sonuçlanan yargılamaya, beraat kararının gerekçelerine, tanık beyanlarına ve yargılama konusu

⁶⁰⁵ AYM, B.N. 2014/682, K.T. 19.11.2014, RG: 07.03.2015.

⁶⁰⁶ AYM, B.N. 2013/3170, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014.

⁶⁰⁷ AYM, B.N. 2013/3170, K.T. 18.09.2014, RG: 04.12.2014.

⁶⁰⁸ AYM, B.N. 2012/998, K.T. 07.11.2013.

suçların nitelik ve niceliğine dayanılmış olmasını, kişinin beraat ettiği fiilleri işlediği kabulünü içeren ifadelerle yer verilmiş olmasını masumiyet karanesinin ihlali nedeni saymıştır⁶⁰⁹.

Masumiyet karanesi disiplin yaptırım uygulama kararı alınırken idarenin ve iptal talebini değerlendirirken mahkemelerin özen göstermesi gereken bir ilkedir. İdare, disiplin cezasını sadece ceza mahkemesine konu olan fiile dayandırmamalı, disiplin hukukuna ilişkin ilke ve kurallara dayanarak yaptırım uygulamalıdır. Nitekim aynı şekilde AYM tarafından verilen bireysel başvuru kararında, AYİM tarafından ayırma işlemi reddedilirken ceza mahkemesi kararı dışında başkaca nedenlere dayanılarak ve idare hukuku ilke ve kuralları kullanılarak verilen ayırma kararının hukuka uygun bulunduğu ve bu nedenle masumiyet karanesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır⁶¹⁰.

g. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir⁶¹¹. Hukukumuzda "suçta ve cezada kanunilik" olarak kavramlaştırılan ilke 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 11/2 ve 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi m. 7/2'de kabul edilmiştir⁶¹².

⁶⁰⁹ AYM, B.N. 2013/1728, K.T. 12.11.2014; "*Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, kişi hakkında beraat kararı verilmiş olmasına rağmen, bu karara esas teşkil eden yargılama sürecine dayanılması ve bu şekilde beraat kararının sorgulanması masumiyet karanesi ile çelişir.*" AYM, B.N. 2014/682, K.T. 19.11.2014, RG: 07.03.2015.

⁶¹⁰ AYM, B.N. 2014/575, K.T. 08.05.2014.

⁶¹¹ "*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği ve kanunun açıkça cezayı arttırıcı bir neden olarak görmediği bir husustan dolayı kimsenin cezasının arttırılmayacağı, "suçta kanunilik"; hiç kimsenin belli bir suçla ilgili olarak kanunda öngörülmemiş bir ceza ile ya da kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacağı ise, "cezada kanunilik" ilkesinin özünü oluşturmaktadır.*" D7D., E. 2010/623, K. 2011/8477, K.T. 1.12.2011, Kazancı; Aynı yönde bkz: D7D., E. 2007/5654, K. 2009/4568, K.T. 04.11.2009, Kazancı.

⁶¹² İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2009, s. 101.

1) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Hukuk Devleti ve Disiplin Hukuku Açısından Değeri

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi hukuk devletinin temel ilkelerinden, kurucu unsurlarından birisidir⁶¹³. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi bir hürriyet teminatıdır ve hukuk devletinin vazgeçilmez prensiplerindendir⁶¹⁴.

Kanunilik ilkesi müeyyide tatbikinde keyfiliği önleme arzusundan doğmuştur⁶¹⁵. Kamu otoritesinin ve bunun bir sonucu olan ceza verme yetkisinin keyfi ve hukuk dışı amaçlarla kullanılabilmesinin önlenmesi ancak kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasıyla mümkün olabilir. Bu ilke ile kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiillerden dolayı keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmalarını önlemekte ve ayrıca suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır.⁶¹⁶

Bu ilkenin esası, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerinin sağlanması düşüncesidir⁶¹⁷. “*Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir.*”⁶¹⁸ Bu sayede kişiler yasak eylemlerin bilinciyle hareket ederler, özgürlüklerinin sınırını tanırlar, yasak olanı yaparken çekinerek yasak olmayanı korkusuzca yapma özgürlüğüne kavuşurlar⁶¹⁹.

İşlendiği zaman kanunlarca açıkça suç olarak tanımlanmayan bir fiili cezalandırma ve kanunlarca tespit edilmemiş cezaları uygulama yasağı anlamına

⁶¹³ AYM, B.N. 2013/849, K.T. 15.4.2014, RG: 12.06.2014-29028.

⁶¹⁴ AYM, B.N. 2013/849, K.T. 15.4.2014, RG: 12.06.2014-29028; Ersan ŞEN, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, İstanbul, 1998, s. 16; “*Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir.*”, AYM, E. 1993/5, K. 1993/25, K.T. 06.7.1993.

⁶¹⁵ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.124.

⁶¹⁶ AYM, B.N. 2013/849, K.T. 15.04.2014, RG: 12.06.2014-29028.

⁶¹⁷ DVDDGK, E. 2006/140, K. 2006/203, K.T. 06.07.2006, Kazancı; AYM, E. 2013/103, K. 2014/7, K.T. 16.1.2014, RG: 27.03.2014-28954.

⁶¹⁸ AYM, E. 2013/103, K. 2014/7, K.T. 16.1.2014, RG: 27.03.2014-28954.

⁶¹⁹ D11D, E. 79/165, K. 79/4297, K.T. 29.11.1979, DD, 1980, S. 38-39, s. 357-358, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 66).

gelen kanunilik ilkesi “kanun tekelciliği”, “kanunun açık ve kesin olması” ile “kanunun geçmişe uygulanmazlığı”⁶²⁰ şeklinde üç alt ilkeye dayanmaktadır⁶²¹

Kanun tekelciliği adı verilen bu alt ilke idarenin düzenleyici işlemlerini ceza hukukunun kaynağı dışında tutan, kanunun açık olması ve geriye yürümemesi ilkelerine hizmet eden ve yaptırım uygulama gücünün keyfi kullanımını önlemeye yarayan bir ilkedir⁶²². Bu ilke gereği suçun ve yaptırımın tüm unsurlarının kanun niteliği taşıyan yasama tasarrufuyla düzenlenmesi gerekir⁶²³.

Suçta kanunilik ilkesi ceza hukukundaki güvence fonksiyonunu yeterince karşılamamaktadır. Bu kapsamda suç tanımlarının açık ve seçik olmasını gerektiren husus belirlilik ilkesi olup bu ilke suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkesi olarak kabul edilmekle birlikte hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir⁶²⁴. Bu ilke kanunda yer alan suç tanımlarının açık ve seçik olarak tanımlanmasını, tüm unsurlarıyla düzenlenmesini gerekli kılar. Diğer bir ifadeyle bireyler hangi eylemlerini suç oluşturacağını kanun metninden açık bir şekilde anlayabilmelidir⁶²⁵. Bu ilkenin doğal sonucu olarak hâkim, disiplin hukuku anlamında ise idare, suç ve ceza tanımlarında boşluk doldurma yetkisine sahip değildir⁶²⁶. AYM’ye göre “belirlilik ilkesi”, hukuk devletinin temel ilkelerindendir. *“Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.”*⁶²⁷

⁶²⁰ Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği alt ilkesi sadece bir ceza hukuku ilkesi olmayıp, yükümlendirici idari işlemlerden olan disiplin yaptırımlarında “idari usul”ün bir gereği olarak uygulanabilmekte ve bu nedenle ceza hukukuna gitmeden idari usulün bu koruyucu etkisini kullanmak gerekmektedir. ULUSOY, s. 30.

⁶²¹ Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Kasım 2006, s. 37 vd.

⁶²² TOROSLU, 2006, s. 43.

⁶²³ Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık 5. Bası, 2012, s. 56.

⁶²⁴ ÖZGENÇ, 2009, s. 111-112.

⁶²⁵ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/A. Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 99.

⁶²⁶ Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 21.

⁶²⁷ AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068; Belirlilik ilkesi için ayrıca bkz: AYM, B.N. 2012/989, K.T. 19.12.2013, RG: 07.01.2014-28875; AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.7.2013, RG: 25.01.2014-28893.

Hukuk devleti ilkesi idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını ifade etmenin⁶²⁸ yanında kişilerin hukuki güvenlik⁶²⁹ içerisinde bulunmalarını da ifade eder. Nitekim AYM'ye göre de, belirlilik ilkesi ve bu yolla sağlanacak hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin ön koşullarındandır⁶³⁰. Bu nedenle disiplin suç ve cezalarında yasallık ilkesinin uygulama alanı bulması durumunda, hukuk devleti gereklerine uygun olarak, kamu görevlileri için “meslek güvenliği” sağlanmış olacak, askeri öğrencilerin eğitim hakları korunmuş olacak, erbaş ve erlerin ise hukuk güvenliği sağlanmış olacaktır.

Memur güvenliği ilkesine hayat veren AY. m. 128/2, kamu görevlisi statüsünde olan asker kişilere uygulanacak disiplin yaptırımı türlerinin alt ve üst sınırlarıyla kanunla düzenlenmesini zorunlu kılar. Ancak disiplinsizliklerin tespiti konusunda kanunla düzenlenme ilkesi idareye belli bir takdir alanı bırakabilecek niteliktedir. Ayrıca askeri öğrenciler ile erbaş ve erlerin kamu görevlisi olmadıkları dikkate alındığında, bu kişilerin keyfi yaptırımlara karşı korunması ve hukuk güvenliklerinin sağlanması için ceza hukuku ilkesi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine gidilmesi zorunlu gözükmemektedir.

DMK m. 125 ve Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği m. 12 ile idareye disipline aykırı fiillerin tespitinde kıyas yetkisi verilmiştir⁶³¹. Disipline aykırı davranışlar sayma usulüyle TSK D.K.'da

⁶²⁸ AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, RG: 22.07.2014-29068. Aynı yönde bkz: AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, K.T. 27.03.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁶²⁹ “...hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, RG: 22.07.2014-29068; Aynı yönde bkz: AYM, E. 2013/88, K. 2014/101, K.T. 04.06.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁶³⁰ AYM, B.N. 2012/989, K.T. 19.12.2013, RG: 07.01.2014-28875.

⁶³¹ KARAHANOĞULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 62; KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 63, 67; AKYILMAZ, s. 4; 10.06.1930 gün ve 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun “Muallimler Hakkında Tatbik Edilecek Cezalar ve Suçlar” başlıklı dördüncü kısım madde 19’da verilecek cezaları saydıktan sonra devamı maddelerinde hangi fiillere hangi tür cezaların verileceği de ayrıca düzenlenmiştir. 13.01.1943 gün ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif Ve Cezalandırılmalarına Ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık Ve İçtimai Yardım Sandığı İle Yapı Sandığına Ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun 7. maddesinde, disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren fiiller ceza ile fiil arasında illiyet bağı kurularak düzenlenmiştir. 04.06.1937 gün ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu m. 82 emniyet örgütü mensuplarına verilecek disiplin cezalarını düzenlemiş, bu cezaların uygulanacağı disiplinsizlikleri çıkarılacak tüzüğe bırakmıştır. 3201 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü m. 1’de emniyet örgütünde çalışan her sınıftan memura verilecek disiplin

düzenlenmiş, ancak m. 8/2'deki hükümle⁶³², bu sayılan hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzeyen fiillere de aynı neviden disiplin cezası verilebileceği düzenlenmiş, kıyasa izin veren “torba hüküm” ile disiplin suçları bakımından “tipiklik” ve “açıklık” ilkelerinden uzaklaşmıştır⁶³³. Genel ve esnek disipline aykırı fiil kalıplarının yanında bir de idareye kıyas yetkisinin verilmesi ile, Silahlı Kuvvetler mensupları açısından memur güvenliği ilkesine, askeri öğrenciler ve erbaş ve erler için hukuk güvenliğine aykırı bir hukuki durum yaratılmıştır.

TSK D.K.'da belirlilik ilkesine aykırı, soyut ve muğlâk disiplinsizlik tanımları bulunmaktadır. Örneğin hizmete kısmi süreli devam cezasını gerektiren uygunsuz davranışlarda bulunmak (TSK D.K. m. 17/1-ç) , TSK'dan ayırma cezasını gerektiren ahlaki zayıflık (TSK D.K. m. 20/1-b), hizmete engel davranışlarda bulunmak (TSK D.K. m. 20/1-c), disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek (TSK D.K. m. 20/1-f) fiilleri belirlilik ilkesine aykırı, oldukça geniş ve soyut nitelikte disiplinsizlikleridir. Ayrıca asker kişilere uygulanan disiplin cezalarının bir kısmına karşı yargı yoluna gidilememesi de dikkate alındığında yasallık ilkesine bağlı olma, asker kişinin hak ve menfaatlerinin korunması için oldukça önemli hale gelmektedir. TSK D.K.'daki belirlilik ilkesine aykırı, yoruma açık, esnek, muğlâk ve idarenin takdirine bırakılmış olan disiplinsizlik tipleri (ahlaki zayıflık vb.) ile m. 8/2'deki kıyasa izin veren torba hüküm idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik edecek niteliktedirler⁶³⁴.

Hukukun temel ilkelerinden olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini düzenleyen AY. m. 38, askeri disiplin hukukunda bu konuda bir istisna getirmemiştir. Türk Silahlı Kuvvetleri bakımından getirilen tek istisna kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte yaptırımlar uygulanması konusunda olup kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bakımından herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir⁶³⁵.

cezalarını gerektiren eylem, işlem, tutum ve davranışlarla cezaların derece ve miktarları cezalar ile fiiller arasında illiyet bağı kurularak düzenlenmiştir. 09.06.1930 tarih ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu madde 20'de disiplin cezaları disiplinsizlikler ile aralarında illiyet bağı kurularak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: KAPLAN, Yargı Yolu, s. 322-338.

⁶³² Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir.

⁶³³ AKYILMAZ, s. 4.

⁶³⁴ AKYILMAZ, s. 1.

⁶³⁵ YILDIRIM, Askeri Disiplin Hukuku, s. 5.

2) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Disiplin Hukukunda Uygulanması Sorunu

a) Öğretinin Konuya Yaklaşımı

İdari işlem niteliğinde olan disiplin yaptırımları, klasik idari işlemler gibi sebebe bağlıdır. Bu sebep ise hizmet düzenini bozan bir fiilin asker kişiler tarafından işlenmesidir. Disipline aykırı fiillerin tespitinde, kıyas yetkisi vermeyen sayma metodunun, kamu hizmetlerinin hızla geliştiği ve belli bir dinamizmi içerisinde barındırması gereken kamu hizmetleri açısından ne derece gerekli olduğu üzerinde durulmalıdır. Bu konuda personelin keyfiliğe karşı korunması ile kurum içi düzenin korunması değerleri arasında bir denge kurulması gerekir.

Örücü, “*kesin, kıyasa yol vermeyen sayma metodunun hizmetlerin hızla geliştiği ve dinamizmin çok önemli bir gerek olduğu günümüzde faydalı ol(madığı)*”⁶³⁶ kanaatindedir. Yazara göre, 1961 Anayasası m. 33 karşısında (1982 AY. m. 38) disiplin cezalarında cezaların kanuniliği prensibine bağlı olmak zorunluluktur. Ancak disiplin suçları bakımından bu ilke uygulanamaz⁶³⁷.

Gölcüklü, disiplin hukukunda kanunilik ilkesini disiplin suçları, cezaları ve cezaların tatbik usulleri şeklinde üç kısma ayırarak incelemektedir. Disiplin yetkisini hiyerarşi kudretine dayandıran yazar, disiplinsizliklerin tespitinin zaman ve mekân içinde değişebileceği ve meslek menfaatine aykırı hareketlerin önceden açıkça tespit edilmelerinin imkânsız olduğunu savunmaktadır⁶³⁸. Disiplin cezaları açısından ise, kanunilik ilkesinin cezaların hangi disiplinsizliklere karşılık olarak uygulanacağını (illiyet bağı) kanunda gösterilmesi gerekliliğini de içerecek şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁶³⁹.

⁶³⁶ ÖRÜCÜ, s. 816.

⁶³⁷ ÖRÜCÜ, s. 801; Aynı yönde bkz: DİLEK, s. 31; GELEGEN’e göre, kişinin sadece memuriyet ve meslek hayatını etkileyen disiplin cezalarında ceza hukukunda geçerli olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile bir fiile iki ceza verilmez ilkelerinin yeri olmaması gerekir. Taner GELEGEN, “**Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları**”, DD, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, 1969, s. 226.

⁶³⁸ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.162; ATAY’a göre de, disiplinsizlik olarak nitelendirilen bütün fiillerin önceden belirlenmesinin mümkün olmaması ve bu tür bir yöntemin disiplin hukukunun amacına uygun düşmemesi nedeniyle suçta kanunilik ilkesi mutlak şekilde uygulanmamalıdır. ATAY, s. 874.

⁶³⁹ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 163-164.

Akyılmaz ise disiplin suç ve cezaları arasında bir ayrıma gitmeden, disiplin suç ve cezalarının Anayasanın 38'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi, kanun koyucunun disiplin suç ve cezalarına ilişkin yetkisini kullanırken Anayasanın 38'inci maddesindeki ilkelere göre hareket etmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁴⁰.

Aslan'a göre, disiplin suç ve cezalarında takdir yetkisi daha çok disiplinsizliklerin belirlenmesinde var olmalı, ceza tespitinde takdir yetkisi kullanılmamalıdır⁶⁴¹. Disiplinsizliklerin tespiti konusunda amire verilecek kıyas yetkisi sınırsız olmamalı, kıyas konusunda genel ilke ve esaslar konulmalıdır⁶⁴².

Günel'a göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesi hem suç hem de cezalar bakımından birlikte geçerli olabilecek bir ilkedir. Bunlardan sadece birinin kanunla düzenleneceğini kabul etmek bu ilkeye sadık kalındığını göstermeye yetmez. Yazara göre, bu iki husus açısından da disiplin hukukunda kanunilik prensibi yoktur. Ancak yazar Memurin Kanununda disiplin suçlarında takdire yer verilmiş olmasının yanında disiplin cezalarında kanunilik ilkesinin kabul edilmiş olmasını memur için teminat olarak kabul etmektedir⁶⁴³.

Yıldırma göre, disiplin suç ve cezalarının idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi yasama işlevinin gaspı anlamına gelecek ve bu nedenle de yok hükmünde sayılacaktır⁶⁴⁴. Yazara göre disiplin suç ve cezaları sadece idarenin kanuniliği ilkesine değil aynı zamanda suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de uygun olmalıdır⁶⁴⁵.

Şen'e göre, yaptırımın niteliği fark etmeksizin (adli, idari veya disiplin) tüm cezaların kişilerin belli ölçüde hak ve hürriyetini sınırladığı göz önüne alındığında, bir ceza olan disiplin cezası için de kanunilik prensibine sadık kalmak gerekmektedir. Disiplin cezalarının sadece mesleki hakları etkilediği, sadece belli statüde bulunan kişilere mesleğin iç düzenini bozan fiillerine uygulandığı gerekçeleri

⁶⁴⁰ AKYILMAZ, s. 11; Aynı yönde bkz: TAŞKIN, s. 180.

⁶⁴¹ ASLAN, s. 136.

⁶⁴² ASLAN, s. 136.

⁶⁴³ GÜNAL, s. 195, 211.

⁶⁴⁴ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s.4.

⁶⁴⁵ YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 15; YILDIRIM, Askeri Disiplin Hukuku, s. 5; *"Kamu yönetimi ve personeli konusunda Türkiye gibi aşırı politik müdahalelerin yaşandığı ülkelerde, disiplin suç ve cezalarının ancak yasalarla konulabilmesi hem hukuki açıdan doğru hem de yerinde bir uygulama olur."* YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 4.

kanunilik prensibinin disiplin suç ve cezalarında göz önüne alınmaması için ciddi sebepler teşkil edemez. Kişi hak ve hürriyetleri üzerinde kısıtlamalar yaratan veya kişiyi bir isnad altında bırakan (uyarma ve kınama cezasında olduğu gibi) her yerde, idarenin keyfiliğine yer verilmemesi ve önceden suç ve cezaların neler olduğunun kanun koyucu tarafından belirlenmesi gerekir⁶⁴⁶.

Özay’a göre, yasallık ilkesi idare hukuku ve idari yaptırımlar alanında ceza hukukundaki kadar kesin çizgilerle belirlenmemiş ve belirlenme zorunluluğu da bulunmamaktadır⁶⁴⁷.

Feyzioğlu’na göre ise, idare ve vergi hukukunun kendilerine has özellikleri ve gerekleri nedeniyle idari suç ve cezalarda ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesi geçerli değildir. Yazara göre, Anayasa m. 38, idari suç ve cezaları değil ceza hukuku anlamında suç ve cezaları düzenlemiştir. Disiplin suç ve cezalarında Anayasanın 38’nci maddesindeki ilkelere uyulması zorunlu olmamakla birlikte, bu ilkeler disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesinde yol gösterici olarak kullanılabilir⁶⁴⁸.

Ayrıca Feyzioğlu, idarenin düzenleyici işlemleriyle idari suç ihdas edilebileceğini savunmanın yanında, idarenin düzenleyici işlemleriyle idari cezaların da ihdas edilebileceğini savunmaktadır. Yazara göre kanunla izin verilmek ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kamu yararına aykırı olmamak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle idari suçlar ve bunların cezaları belirlenebilir⁶⁴⁹.

Ulusoy’a göre ise cezada kanunilik ilkesi alt ve üst sınırların belirlenmesini de içerecek şekilde mutlak uygulama alanı bulmalı iken, yargısal denetimin maksimum yapılması kaydıyla disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesinin “esnek” uygulanmasını kabul etmek gerekir. Yazara göre idareye kıyas yetkisi veren torba suç tiplerine disiplin hukukunda ihtiyaç bulunmaktadır⁶⁵⁰. Bu tür düzenlemelere yer verilmeyip suçta kanunilik ilkesinin tam olarak uygulanması halinde ayrıntılı kanuni düzenlemeler yapılamayacağından, ortaya çıkacak genel, soyut ve muğlak suç tipleri

⁶⁴⁶ ŞEN, Ceza Hukuku, s. 205-206. Aynı yönde bkz: İÇEL, s. 121-122.

⁶⁴⁷ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s. 60.

⁶⁴⁸ “İdari suç ve cezalarda Anayasanın 38. maddesi bağlayıcı değil ancak yol göstericidir.” FEYZİOĞLU, İşyeri Kapatma Cezası, s. 15.

⁶⁴⁹ FEYZİOĞLU, İşyeri Kapatma Cezası, s. 16.

⁶⁵⁰ ULUSOY, s. 128.

ile belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesi daha çok ihlal edilmiş olacak, birey hakları daha fazla güvencesiz bırakılmış olacaktır⁶⁵¹.

Bu konuda üzerinde durulması gereken en önemli görüş Gözler'e aittir. Yazara göre, disiplin hukukunda suçlar konusunda olmasa da cezalar konusunda kanunilik ilkesi (nulla poena sine lege) geçerlidir. Disiplin cezası vermeye yetkili makam sadece kanun tarafından öngörülmüş olan cezalardan birini verebilir, öngörülmemiş bir cezaya hükmedemez. Ancak yazara göre disiplin cezalarının kanunla belirlenmesinin anayasal veya yasal bir dayanağı yoktur. Bu içtihadı bir ilke olup kanun belirli alandaki disiplin cezalarının yönetmelikle düzenlenmesini öngörebilir⁶⁵².

Disipline aykırı filer konusunda da ise yazara göre, disiplin hukukunda kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege) ilkesi geçerli değildir. Bunun nedeni ise, disiplin suçu teşkil edecek bütün fiillerin eksiksiz bir listesinin yapılmasının mümkün olmayışıdır. Eğer disiplin hukukunda kanunilik ilkesi geçerli olursa, kanunla öngörülmemiş ama kurum düzenini bozan fiillerin disiplin cezasıyla cezalandırılması mümkün olmaz. Anayasanın 38'inci maddesinde yer alan suç ve cezaların kanuniliğine ilişkin hükümler disiplin suçları için değil ceza hukuku anlamında suçlar için geçerlidir⁶⁵³. Yazar bu görüşünü daha da ileri götürerek devlet memuriyetinden çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları dışında kalan suçların yönetmelikle de öngörülmüş olmasına gerek olmadığını, idarenin kendi personeli üzerinde sahip olduğu genel yönetim yetkisinden kaynaklanan genel bir yetkisinin olduğunu ve bu yetkiye dayanarak hizmet düzenini bozan bir fiile yaptırım uygulayabileceğini, disiplinsizliklerin sadece takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla yönetmeliklerle düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ ULUSOY, s. 91.

⁶⁵² GÖZLER, C. II, 2009, s. 752.

⁶⁵³ GÖZLER, C. II, 2009, s. 756 v.d; Aynı yönde bkz: LİVANELİOĞLU, s. 24.

⁶⁵⁴ GÖZLER, C. II, 2009, s. 758. Bu doğrultuda bir görüş 1992 yılında DİDDK tarafından alınan bir kararın karşı oy yazısında da ifade edilmiştir. *"Diğer yandan idarelerin bir disiplin cezası verebilmeleri için bu konuda yürürlükte bir yönetmelik bulunması gereksinimi de doğru değildir. ... önceden belirlenmiş bir kural varsa, idarelerin buna uymak zorunlulukları bulunmakta ise de; böyle bir kuralın olmaması halinde idarelerin duruma göre disiplin cezası takdir etme yetkileri doğal karşılanmalıdır. Çünkü disiplin cezası yetkisi kamu hizmeti yapan idarenin bu hizmeti engelleyenlere karşı sahip olduğu, yönetmelik ve kamu hizmeti yapma yetkisinin doğal ve ayrılmaz bir parçasıdır."* DİDDK, E. 1991/496, K. 1992/176, K.T. 23.10.1992, DD, 1993, S. 87, s. 98.

TSK D.K.'da ahlaki zayıflık gibi oldukça genel, soyut ve sınırları belirsiz disiplinsizlik tanımları bulunmakta, bunun yanında disiplin amirine de kıyas yetkisi verilmektedir. Disiplin hukukunda idareye tanınan kıyas yetkisi sınırları belirsiz bir yetki değildir. Söz konusu kıyasa izin veren hükümler, kanunda düzenlenen bir disiplinsizliğe “nitelik ve ağırlığı” itibariyle benzer olunması şartını getirerek idareye sınırlı bir kıyas yetkisi vermektedir. Ancak her ne kadar sınırlı bir kıyas yetkisi de olsa soyut, muğlak ve genel disiplinsizlik tanımları yanında bir de disiplin amirine kıyas yetkisi verilmesi memur güvencesi bakımından tehlikeli bir yaklaşımı ortaya koymaktadır⁶⁵⁵.

Disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlenmesi memur teminatı açısından gereklidir. Kamu görevlileri hangi fiillerinin disiplinsizlik oluşturacağını önceden bilmeli ya da bilebilecek durumda olmalıdır. Bu belirlemeyi idarenin takdirine bırakmak keyfi uygulamalara yol açacak niteliktedir⁶⁵⁶. Kıyas yoluna başvurularak yaptırıma bağlanan davranışların nitelik ve ağırlık itibariyle kanunda tanımlanan bir disiplinsizliğe benzeyip benzemediği yargısal denetim yoluyla denetlenebilecektir. Ancak yargısal denetime kapalı olan disiplin cezaları açısından, asker kişileri kıyas yetkisinin keyfi kullanımına karşı koruyucu herhangi bir tedbir (hiyerarşik itiraz yolu hariç) bulunmamaktadır.

Çağdaş kamu hukukunun genel ilkelerinden olan kanunilik ilkesi, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmelerini ve bunun sonucunda da kişilerin toplumsal yaşamda hareketlerini düzenlemelerini sağlamaktadır⁶⁵⁷. Disiplin suç ve cezaları açısından da personelin hangi davranışlarının disiplinsizlik teşkil edeceğini bilmesi ve hizmet içi davranışlarını bu yönde düzenlemesi, hem hizmet düzeninin sağlanması hem de personelin mesleki güvencesinin sağlanması amaçlarını dengeleyecektir.

Her ne kadar her kurumun ve hizmetin özelliğine göre bir fiilin disiplinsizlik teşkil etmesi hususu değişken olsa da, personelin hangi davranışının disiplinsizlik oluşturacağını bilmeden faaliyette bulunması hukuk güvenliğine ve dolayısıyla

⁶⁵⁵ SANCAKDAR, İdare Hukuku, s. 478.

⁶⁵⁶ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 65.

⁶⁵⁷ ASLAN, s. 40.

hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır⁶⁵⁸. Kötü niyetli amir, yapılan basit bir hareketin bile disiplinsizlik oluşturacağından bahisle işlem yapabilecek, bunu personelini baskı altına almada (mobbing) bir araç olarak kullanacaktır. Ayrıca hangi fiillerinin disiplinsizlik teşkil edeceğini ve fiillerine hangi cezaların uygulanabileceğini bilmemesi personeli disipline etmekten ziyade korku içerisinde ve verimsiz çalışmasına neden olacak, sorumluluk almaktan uzaklaştıracaktır. Pozitif hukuk her ne kadar yapıcı disiplin sistemini ön plana çıkarmayı amaç edinse de, belirlilikten ve hukuk güvenliğinden uzak böyle bir sistem disiplinin “bastırıcı” yönünün ön plana çıkmasına neden olacaktır.

Yargısal denetimin sınırsız ve maksimum işletildiği disiplin hukuku sistemlerinde suçta kanunilik ilkesinin uygulanması konusunda bir tür esneklik sağlanabilecek iken⁶⁵⁹, asker kişilere uygulanan disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olduğu, bunun yanında oldukça genel ve soyut disiplinsizlik tanımlarına yer verildiği de dikkate alındığında, asker kişi açısından neredeyse adli cezalar kadar “korkutucu” içeriğe sahip olan, personelin sadece mesleki hayatını değil sosyal hayatını ve temel hak ve özgürlüklerini de etkileyen TSK disiplin yaptırımlarında, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti açısından uygulama alanı bulmalıdır.

b) Yargı Makamlarının Konuya Yaklaşımı

i. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

Belirlilik ilkesi açısından AYM 1988 yılında, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun hizmet içi eğitim programlarına “uymayan” ve bu programlarda başarılı olmayan sağlık personeline Bakanlıkça geçici veya daimi meslekten uzaklaştırma cezası verilmesini düzenleyen 3’üncü maddenin “h” bendini Anayasa’nın 38’inci maddesi kapsamında incelemiş, “uymamak” fiilinin, içeriği çok geniş ve değişik biçimde yorumlanmaya elverişli olduğu ve idareye her an keyfiliğe

⁶⁵⁸ “Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “hukuk güvenliği” ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” AYM, E. 2012/157, K. 2013/79, K.T. 18.06.2013, RG: 31.12.2014-28868; AYM, E. 2013/24, K. 2013/133, K.T. 14.11.2013, RG: 22.07.2014-29068. AYM, B.N. 2012/989, K.T. 19.12.2013, RG: 07.01.2014-28875.

⁶⁵⁹ ULUSOY, s. 91.

dönüşecek geniş bir takdir yetkisi verdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 38'inci maddesine dayanarak iptal etmiştir⁶⁶⁰.

AYM, 1991 yılında verdiği bir kararda disiplin cezalarının Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen suç ve cezalar kapsamında olduğuna karar vermiş, disiplin cezalarının KHK ile düzenlenemeyecek konular arasında olduğu gerekçesi ile de bu düzenlemeleri Anayasanın 91'inci maddesine aykırı bulmuştur⁶⁶¹. “Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındadır.”⁶⁶²

Ancak AYM 1991 yılında aldığı bir kararda ise, ek belge düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmaması durumunda Vergi Usul Yasası'nda öngörülen usulsüzlük cezasını bir tür kolluk tedbiri olarak nitelendirmiş, Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında incelemiş ve idari tedbir niteliğindeki bu cezanın idare tarafından konmasını Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı görmemiştir⁶⁶³.

AYM 2011 yılında, DMK m. 125'de kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren “Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak” disiplinsizliğinin belirlilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırılığı savıyla itiraz yoluyla önüne gelen davada, Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tâbi olduğunu, disiplin suç ve cezaları konusunda da hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsünün belirlenmesinde ceza hukuku ilkelerine bağlı kalmanın şart olduğunu ifade ederek

⁶⁶⁰ İncelenen yasa 'Hizmetiçi eğitim programına uymamak' gibi içeriği belirsiz bir eyleme yaptırım getirerek Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık yaratmakla kalmamış, cezalardan hangisinin hangi durumlarda verileceğini belirtmeyip yönetime çok geniş takdir yetkisi vererek 'Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak konuyla konulur' diyen Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırı düşmüştür.” AYM, E. 1987/16, K.1988/8, K.T. 19.4.1988, RG: 23.08.1988–19908.

⁶⁶¹ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 61; KAPLAN, Yargı Yolu, s. 329, dn. 15.

⁶⁶² AYM, E. 1990/12, K. 1991/7, K.T. 04.04.1991, RG: 13.08.1991-20959; Bu karara karşı üyeler Erol CANSEL, Yavuz NAZAROĞLU ve Haşim KILIÇ tarafından yazılan karşı oy yazısında, disiplin cezasını gerektiren fiillerde kanunilik ilkesinin geçerli olmamakla birlikte doğru da olmadığı savunulmuştur.

⁶⁶³ “Bu durumda incelenen kural, vergi kayıp ve kaçacağını önlemek amacıyla Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na yetki vermekle yasadışı suç oluşturma olanağı vermediğinden Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı değildir. ... belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu, hattâ bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda kanunsuz suçtan söz edilemez.”. AYM, E. 1990/29, K. 1991/37, K.T. 15.10.1991, RG: 05.02.1992.

iptal talebini reddetmiş, söz konusu disiplinsizlik tanımını belirlilik ilkesine ve Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı bulmamıştır⁶⁶⁴.

Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin “gereksiz marş söyleme ve slogan atma” eylemleri disiplinsizlik olarak tanımlanmıştır. Bu fiildeki “gereksiz” ibaresi nedeniyle, kanunda hangi eylemlerin gerekli hangilerinin gereksiz olduğu gösterilmeyerek suç teşkil eden eylemleri belirleme yetkisinin idarenin subjektif takdirine bırakıldığı ve dolayısıyla “belirlilik” ve “suçun yasallığı” ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle AYM önüne 2013 yılında gelen davada Mahkeme, sadece disiplin cezalarını değil disiplin suçlarını da Anayasa'nın 38'nci maddesi kapsamında görerek incelemiş ve oyçokluğu ile iptal talebini reddetmiştir⁶⁶⁵. Mahkemeye göre, “...Kanun'da cezai yaptırımın bağlandığı eylemin açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlendiği, bu yönüyle kuralda suçun unsurlarını belirleme yetkisinin idareye bırakılmadığı, idarenin bu konudaki yetkisinin sadece somut fiilin kanundaki suç tanımına uyup uymadığını belirlemekten ibaret olduğu, dolayısıyla kuralda "belirlilik" ve "suçun yasallığı" ile "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkelerine aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁶⁶⁶

AYM bir başka kararında ise, “açlık grevi” fiili nedeniyle hükümlülere disiplin yaptırımı uygulanmasının, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle, ölçülülük kurallarıyla, temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramlarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle önüne gelen davada ise, ceza hukuku anlamında düzenleme yapılırken yasakoyucunun bağlı olduğu kurallara disiplin hukukuna ilişkin düzenlemeler yapılırken de bağlı olduğuna değinmiş ve disiplin

⁶⁶⁴ “Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi disiplin hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle mal beyanında bulunmamak disiplin suçunun ne şekilde cezalandırılacağı hususu yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.” AYM, E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011, RG: 07.02.2012-28197; Ayrıca bkz: AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.07.2013, RG: 25.01.2014-28893; AYM, E. 2014/65, K. 2014/150, K.T. 02.10.2014, RG: 12.12.2014-29203.

⁶⁶⁵ Mahkemenin tüm üyeleri disipline aykırı fiiller konusunda kanunilik ilkesi kapsamında inceleme yapmış, sadece beş üye tarafından, “gereksiz” ibaresinin neyi ifade ettiği açık ve anlaşılır olmadığı, suç ve cezanın belirsiz bırakıldığı, bu nedenle suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırı olduğu savunulmuştur.

⁶⁶⁶ AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013, RG: 27.03.2014-28954.

cezasıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine ve Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olmadığına oyçokluğu ile karar vermiştir.⁶⁶⁷

AYM, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılan “*hizmete engel davranışlarda bulunmak*” fiilinin tanımında yer alan “*...ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller...*” ibaresinin belirsiz olması ve idarenin keyfi uygulamalarına yol açabilmesi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile önüne gelen davada, Anayasa'ya aykırılığı Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ve bunun temel alt ilkelerinden olan “*belirlilik ilkesi*” ve Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen “*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*” kapsamında incelemiştir. Mahkeme “*Bu bağlamda, dava konusu ibarede geçen ağır suç veya disiplinsizlik fiilleri, tümüyle muğlâk, objektiflikten uzak ve belirsiz kavramlar olmayıp, belirlenen çerçeve içinde idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağladığı anlaşıldığından*” gerekçesi ile söz konusu düzenlemeyi belirlilik ilkesine aykırı görmemiş, “*Ceza hukuku bakımından aynı hukuki yaptırıma tâbi tutulan fiillerin disiplin hukuku bağlamında yarattığı etki ve sonuçlar farklı olabildiğinden söz konusu fiilleri sabit bir tanıma bağlamak mümkün olmadığı gibi tek tek saymak da mümkün değildir.*” gerekçesi ile oybirliğiyle belirlilik ilkesine ve Anayasanın 38'inci maddesine (suçta kanunilik ilkesine) aykırı görmemiştir⁶⁶⁸.

AYM'nin 2013 yılında, disiplin hukukunda idareye kıyas yetkisi veren torba hükmü⁶⁶⁹ suçta kanunilik ilkesine (Anayasa m. 38) aykırı olduğu gerekçesi ile oyçokluğuyla iptal ettiği kararı, disiplin hukukunda temel parametreleri değiştirecek, sistemi temelden sarsacak niteliktedir. Mahkeme TSK D.K.'da ve DMK gibi disiplin hukukunu düzenleyen birçok kanunda bulunan ve idareye kıyas yetkisi veren hükmü,

⁶⁶⁷ “*Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, disiplin hukuku bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte disiplin hukukuna ilişkin kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.*” AYM, E. 2013/6, K. 2013/111, K.T. 10.10.2013, RG: 09.05.2014-28995.

⁶⁶⁸ AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T. 28.11.2013.

⁶⁶⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un itiraz konusu hükmü: *Madde 48- (1) 37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.*

“Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi... bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir. ... Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.” gerekçesi ile söz konusu düzenlemeyi hukuk devleti ve belirlilik ilkesine aykırı görmüş, “Öte yandan, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanınmaktadır. Bu durum suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.” gerekçesi ile de suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı görmüş ve iptal etmiştir.⁶⁷⁰

AYM'nin bu kararı ile 2013 yılında, disiplin hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi tam anlamıyla uygulama alanı bulmuş olmaktadır. AYM'nin içtihatlarındaki bu şartleşme kamu görevlilerinin mesleki güvencelerinin tam anlamıyla sağlanması amacına yönelmektedir. Ancak Mahkeme özellikle TSK D.K'da bulunan “...ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller...” disiplinsizliğinin iptal talebini reddederken disiplin hukukunda ceza hukukuna oranla daha esnek suç tiplerinin düzenlenebileceğini yerinde bir şekilde kabul etmiştir.

ii. Danıştay ve AYİM'in Yaklaşımı

Danıştay 1998 yılında verdiği bir kararında sözleşmeli personele sözleşme ekinde düzenlenen disiplin hükümlerine göre verilen disiplin cezasını hukuk uygun bulmuştur. Mahkeme, disiplin yaptırımı uygulamanın hizmet gereği olduğu ve

⁶⁷⁰ AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 03.10.2013, RG: 18.01.2013-28886. Oyçokluğuyla alınan karara karşı oy yazan 3 üye ise ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukunda uygulanışının tartışmalı olduğu, uygulansa bile uygulamanın esnek olmasının zorunlu olduğu, çünkü disipline aykırı eylemlerin tamamının öngörülüp kanunla düzenlenmesinin olanaksız olduğu ve ayrıca disiplin cezalarına karşı yargısal denetim imkânı açık olduğundan uygulamanın yargısal içtihatlarla netleşeceği ve bu nedenle de torba hükmün anayasaya aykırı olmadığı kanaatindedirler. Üyeler: Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ.

sözleşme hükümlerinin genel düzenleyici işlemler gibi uygulama gücü olan ve idarece uygulanması zorunlu ve gerekli bulunan hükümlerden olduğu gerekçesi ile, Devlet Tiyatrolarında sözleşmeli personel olan rejisöre sözleşme ekinin 59/1-f maddesine dayanılarak görevinde kayıtsızlık gösterdiği gerekçesi ile verilen uyarma cezasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁶⁷¹.

Danıştay DDK 2000 yılında, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin “Öngörülmemiş disiplin suçları” başlığını taşıyan 12. maddesinin iptali istemiyle açılan davada idareye kıyas yetkisi veren bu hükmü iptal etmemiştir. Mahkeme, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin 12. maddesinde yönetmelikte sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlık itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara aynı türden disiplin cezası verileceği yolundaki kuralın, her suça verilecek cezanın önceden tespitinin mümkün olmaması gerekçesiyle hukuka aykırı görmemiştir⁶⁷². Ancak Danıştay İDDGK 2007 yılında verdiği bir kararında “*Hangi fiillerin idari yaptırım gerektirdiğinin yasada açıkça tanımlanması, bunun doğal sonucu olarak bir yaptırım uygulanabilmesi için yaptırım uygulanacak eylemin belirli olması ve kıyas yoluyla yaptırıma başvurulmaması gerekmektedir.*” ifadesiyle idari yaptırımlar alanında da yasallık ilkesinin geçerli olduğunu vurgulamıştır⁶⁷³.

Danıştay 8. D. ise, 2014 tarihinde Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde yapılan ve yükseköğretim kurumlarında bildiri dağıtılmasının uyarma cezası ile cezalandırılması gereken fiiller arasına alınmasını, düşünce ve ifade özgürlüğüne aykırılıktan dolayı iptal etmiş ancak suçta ve cezada kanunilik ilkesinden bahsetmemiştir⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ D8D., E. 1998/920, K. 1998/1846, K.T. 22.05.1998, Kazancı.

⁶⁷² DİDDK., E. 2000/646, K. 2000/1119, K.T. 09.11.2000, Kazancı, Karara yazılan karşı oy yazısında ise disiplin suç ve cezaları açısından şu görüşlere yer verilmiştir: “*Hukuk devletinde ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımının yapılması, suçların kesin biçimde ortaya konulması, ne tür eylemlerin yasaklandığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre de cezanın saptanması zorunludur. Bu şekilde bir saptama yapmadan idareye sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kıyas yoluyla disiplin suç ve cezası verilmesi yolunu açan düzenlemede hukuka uyarlık bulunmadığından; temyize konu kararın yönetmeliğin 12. maddesinin iptal isteminin reddine ilişkin kısmının bozulması oyuyla, bu kısma ilişkin onama kararına karşıyız.*”

⁶⁷³ DİDDK, YD İtiraz No: 2006/1460, K.T. 25.01.2007, (Nakleden: KARABULUT, s. 119).

⁶⁷⁴ D8D., E. 2013/11920, K.T. 30.4.2014., Kazancı.

Üniversite öğretim elemanlarına verilen disiplin cezalarına ve cezaların dayanağı olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne karşı açılan davalarda ise Danıştay DDK 2000 yılında verdiği kararda, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 53/b ve 65/9 maddeleriyle idareye bu konuda düzenlemeye yapma yetkisi verilmiş olduğu gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir⁶⁷⁵. Mahkeme bu kararlarında üniversite öğretim üyelerine verilecek disiplin cezalarında DMK'da düzenlenmeyen disiplinsizlikleri ve yaptırım türlerini yasallık ilkesine aykırı görmemiştir.

Ancak AYM'nin disiplin hukukunda Anayasa'nın 38'inci maddesinin uygulanmasına ilişkin gelişen içtihatlarını dikkate alan Danıştay, bir öğretim üyesine verilen öğretim üyeliği mesleğinden çıkarma cezasının iptali ve işlemin dayanağı olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılan davada, öncelikle Anayasa'nın 38'inci maddesinden bahsetmiş ve Anayasa Mahkemesinin disiplin suç ve cezalarını 38'inci madde kapsamında değerlendiren kararlarına atıf yapmak suretiyle iptal talebini değerlendirmiştir.

Danıştay, *“Anayasa'nın anılan hükümleri ile aktarılan Anayasa Mahkemesi kararı gereğince, Yükseköğretim Kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesi hukuken zorunludur.”* gerekçesi ile Anayasa'nın 38'inci maddesine dayanarak ve *“Bu durumda, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası ve bu cezayı gerektiren disiplin suçunun yasal dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, davaya konu edilen düzenlemede ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir.”* gerekçesiyle Yükseköğretim Kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesinin hukuken zorunlu olduğunu, idareye DMK'daki esaslar uyarınca düzenleme yapma yetkisinin verildiği ve bu nedenle 657 sayılı yasada

⁶⁷⁵ DİDDK, E. 2000/646, K. 2000/1119, K.T. 09.11.2000, Kazancı; Danıştay 12.D. ise 2006 yılında *“Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin mevzuata, çalışma düzenine, hizmetin gereklerine aykırı eylemlerine karşı düzenlenen idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerinden sürekli uzaklaştırılabilmek gibi ağır sonuçlara uzanan disiplin cezaları, ağırlığı ve önemi sebebiyle Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin kurallara tabi tutulmuşlardır.”* gerekçesi ile disiplin yaptırımlarını Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında incelemiştir. D.12.D., E. 2003/3174, K. 2006/6690, K.T. 26.12.2006, Kazancı.

düzenlenmeyen bir fiile yine 657 sayılı yasada düzenlenmemiş bir disiplin cezasının uygulanmasını suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı görerek verilen disiplin cezasını ve yönetmeliğin söz konusu hükümlerini iptal etmiştir⁶⁷⁶,⁶⁷⁷.

Danıştay'ın yerleşik içtihadında idari cezalar (disiplin cezaları) bakımından yasallık ilkesi mutlak uygulanmakta iken⁶⁷⁸ disipline aykırı fiillerin tespitinde yasallık ilkesi uygulanmamaktaydı. Ancak Mahkeme “*Davacıya verilen üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası ve bu cezayı gerektiren fiil 2547 Sayılı Yasa'da düzenlenmediği gibi, 657 Sayılı Yasa'da da böyle bir ceza ve fiile yer verilmemiştir. Bu durumda, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası ve bu cezayı gerektiren disiplin suçunun yasal dayanağının bulunmadığı anlaşıldığından, davaya konu edilen düzenlemeye ve bu düzenlemeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir.*”⁶⁷⁹ gerekçesi ile disipline aykırı fiillerin de yasada düzenlenmesinin zorunlu olduğuna karar vermiştir.

AYİM ise TSK D.K. yürürlüğe girdikten sonra oldukça önemli ve askeri disiplin hukukunu temelden etkileyecek bir karar vermiştir. TSK D.K.'da hizmet yerini terk etmeme yaptırımını gerektiren “*emre itaatsizlik*” disiplinsizliği Kanun'da “*Kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirerek veya sınırını aşmak suretiyle yapmaktır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Askeri Ceza Kanunu'nda ise “*emre itaatsizlikte ısrar*” suçu “*hizmete ilişkin emri hiç yapmamak*” şeklinde tanımlanmış olup emre itaatsizlik disiplinsizliği “*emri hiç yapmamak*” fiilini

⁶⁷⁶ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, K.T. 20.09.2012; Aynı yönde bkz: DİDDK, E. 2011/2486, K. 2012/1698, K.T. 05.11.2012, Kazancı; D8D, E. 2001/1178, K. 2001/3867, K.T. 18.09.2001, www.kararevi.com, E.T. 07.07.2014; DİDDK, E. 2009/3023, K.T. 10.07.2003; DİDDK, E. 2007/1018, K.T. 01.10.2012 (Nakleden: ULUSOY, s. 151).

⁶⁷⁷ Bu kararlar üzerine 29.01.2014 tarihinde Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği değiştirilerek yönetmelikte düzenlenmiş olan ve 657 sayılı DMK'da yer almayan disiplin cezaları yürürlükten kaldırılarak yaptırım çeşitleri konusunda DMK ile uyumlu hale getirilmiştir. Ancak bu değişiklik ile DMK'da bulunmayan yeni disiplinsizlikler de tanımlanmıştır. Daha sonra ise 2547 sayılı Kanun'da 01.03.2014 tarihinde yapılan değişiklik ile disiplin ceza türleri “uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma” olarak sayılmış ve hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle düzenlenmek üzere idareye yetki verilmiştir.

⁶⁷⁸ DİBK, E. 1988/1, K. 1989/1, K.T. 16.02.1989, RG: 09.06.1989-20190; D8D., E. 2007/9224, K. 2008/1793, K.T. 11.03.2008.

⁶⁷⁹ DİDDK, E. 2007/1815, K. 2012/1218, K.T. 20.09.2012, Kazancı; DİDDK, E. 2011/2486, K. 2012/1698, K.T. 05.11.2012, Kazancı; Aynı yönde bkz: D8D, E. 2001/1178, K. 2001/3867, K.T. 18.09.2001, http://www.kararevi.com/karars/254214_danistay-8-daire-e-2001-1178-k-2001-3867#.U7sG85R_uSo, E.T. 07.07.2014.

içermemektedir. Asker kişiye hizmete ilişkin bir emri hiç yapmadığı gerekçesi ile “emre itaatsizlik” disiplinsizliğinden disiplin cezası verilmiştir. Cezaya karşı açılan iptal davasında AYİM, TSK D.K.’nın genel gerekçesini⁶⁸⁰ ve TSK D.K. madde 3/1-b’de disiplinsizlikler için yapılan “*Disiplinsizlik: Bu Kanuna göre disiplin cezası ile cezalandırılan fiil ve hâlleri ifade eder.*” tanımını ve yine bu tanımın gerekçesini⁶⁸¹ kullanarak verdiği kararında, “6413 sayılı Kanun’la oluşturulan TSK disiplin sisteminde disiplinsizliklerin ve bunlara karşılık öngörülen yaptırımların, kanunilik ilkesi gereği tek tek belirlendiği, kanunda yer almayan eylemlerin disiplinsizlik olarak kabul edilemeyeceği ve bu eylemlere kanunda belirtilen yaptırımlar dışında müeyyidelerin uygulanamayacağı (...) hizmete ilişkin bir emrin gereğini hiç yapmamak haline madde metninde yer verilmediği (...) ancak kanunda tanımlı disiplinsizlikler(in) disiplin cezasıyla cezalandırılabil(eceği) (...) ceza işlemi tesis edilirken, kanunilik ilkesi gereği eylemin kanunda sayılan disiplinsizliklerden hangisini oluşturduğu(nun) belirtilme(si gerektiği)” gerekçesi ile, kanunda tanımlanmayan “hizmete ilişkin bir emrin gereğini hiç yapmamak” fiiline disiplin amiri tarafından verilen cezayı oybirliği ile iptal etmiştir⁶⁸².

AYİM bu kararlarında disiplin amirine kıyas yetkisi veren TSK D.K. madde 8/2’ye hiç değinmemiş, kararı verirken bu hükmü yok saymış, yürürlükteki bir düzenlemenin uygulamasını bir nevi ihmal ederek karar vermiştir. Nitekim AYİM diğer maddelerin gerekçelerini kullanırken bu maddenin gerekçesini de hiçbir şekilde kullanmamıştır⁶⁸³. Bir emri tam yapmamak ile hiç yapmamak fiilleri farklı nitelikte fiiller olsa da, emrin gereğini hiç yapmamak fiili, nitelik ve ağırlığı itibarıyla emri

⁶⁸⁰ TSK D.K. genel gerekçesi: “İdareye güven ve kanunilik ilkeleri dikkate alınarak mevcut sistemde tanımlı olmayan disiplinsizlik teşkil eden eylemler, Silahlı Kuvvetlerin ihtiyaçları dikkate alınarak 657 sayılı Kanunda olduğu gibi tek tek tanımlanmış,”

⁶⁸¹ TSK D.K.’nın 3’üncü maddesi 1-b bendi gerekçesi: “Maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanımla; hâlen uygulanan disiplin mevzuatındaki disiplin suçu, disiplin kabahati ve disiplin tecavüzü şeklinde yapılan ayırım kaldırılmış ve disiplini bozan tüm fiil ve hâller disiplinsizlik kavramı altında birleştirilmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, Kanunda disiplinsizlik olarak düzenlenmiş tüm fiil ve hâller, Kanuna uygun olarak disiplin cezası gerektirecektir. Disiplinsizliklerin Kanuna yetkilendirilmiş makamlar haricinde hiçbir makam tarafından cezalandırılması mümkün değildir.”

⁶⁸² AYİM, 3.D., E. 2014/768, K. 2014/1192, K.T. 25.09.2014, Yayınlanmamıştır.

⁶⁸³ TSK D.K.’nın 8/2’nci maddesi gerekçesi: “Maddenin ikinci fıkrasında, Kanunda düzenlenmemiş disiplinsizliklerin de olabileceğinden hareketle, Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunan ya da eylemleri adli veya askeri suç teşkil eden personele aynı neviden disiplin cezalarının verilebileceği öngörülmüştür.”

tam yapmamak fiilini içeren emre itaatsizlik disiplinsizliğini oluşturabilecek niteliktedir.

AYİM asker kişiye verilen aylıktan kesme cezasını iptal ettiği yeni tarihli bir diğer kararında “6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun genel gerekçesinde de sistemde tanımlı olmayan disiplinsizlik teşkil eden eylemlerin, idareye güven ve kanunilik ilkeleri dikkate alınarak tek tek tanımlandığı...” gerekçesi ile uyuşmazlığı ele almış ve söz konusu ceza kararını fiilin yanlış vasıflandırıldığı gerekçesi ile iptal etmiştir⁶⁸⁴. Disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesinin uygulanması her ne kadar asker kişiyi koruyucu nitelikte olsa da, TSK D.K.’nın disiplin amirine kıyas yetkisi verdiği düzenleme yürürlükte iken (m. 8/2) AYİM’in bu yönde alacağı kararlar hukuka aykırı olacaktır. AYİM’in asker kişileri korumak amacıyla, TSK D.K.’nın yürürlükteki bir hükmünü bir nevi yok sayarak (ihmal ederek) verdiği bu kararlarını pozitif hukuk açısından savunmak mümkün değildir.

3) Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Olumsuzluklarını Giderme Araçları

AYM’nin disipline aykırı fiillerin tespiti konusunda idare kıyas yetkisi veren düzenlemeyi yasallık ilkesine aykırı bulması, dolayısıyla disipline aykırı fiillerin kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması birçok sıkıntıyı da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Çünkü idare her an değişen ve gelişen sosyal hayat içerisinde varlık gösterir. Bu durum idareye değişen ve gelişen şartlara karşı uyumlu olma görevi yükler ki bu da idareye belli konularda takdir yetkisi verilmesini gerektirir. Öncelikle disipline aykırı eylemlerin tamamının kanunla tanımlanması oldukça güçtür. Ancak bu açıdan personelin de idarenin keyfi davranışlarına karşı korunması da zorunluluk taşımaktadır. Çünkü disiplin yaptırımları, daha önce açıklandığı gibi klasik cezai yaptırımlar kategorisinde (adli ceza) olmasa da, içeriğinde taşıdığı korkutuculuk, maddi ve manevi baskı personelin sadece mesleki menfaatini değil sosyal yaşantısını da etkileyebilmektedir. Daha da önemlisi bu etkinin TSK disiplin yaptırımlarında daha yoğun nitelikte olması ve adli cezalara bu yönüyle daha yakın olunmasıdır. Bu nedenle personelin korunması ile idarenin

⁶⁸⁴ AYİM, 3.D., E. 2014/3027, K. 2015/89, K.T. 22.01.2015, Yayımlanmamıştır.

dinamik yapısı gereği disiplin hukukunda belli konularda idarenin takdir alanının bulunması⁶⁸⁵ gerekliliği arasında denge kurmak zorunlu gözükmektedir.

Cezalandırıcı bir içeriğe sahip olan disiplin yaptırımlarında ceza hukuku ilkelerinin çekirdek kısmının uygulanması zorunludur. Çünkü bu nitelikteki yaptırımlara karşı idare hukuku ilke kuralları yeterli güvenceyi sağlamaktan uzaktır. Ancak bu uygulamayı yaparken de idari gereklilikleri de göz önünde tutmak, idarenin özellikle TSK'nın olumsuz durumlara karşı hızlı bir şekilde hareket edebilmesini sağlamak gerekir. Bu nedenle savunma hakkı, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği, lehe kanunun uygulanması ve cezada kanunilik gibi temel ilkelerin mutlak olarak uygulanması gerekirken⁶⁸⁶, suçta kanunilik ilkesi konusunda (kıyas dışında) esnek bir uygulama biçiminin kabul edilmesi gerekir.

Bu esnekliği sağlayacak yöntem ise TSK disiplin hukukunda disiplin amirlerine kıyas yetkisi verilmesi değildir. Çünkü disiplin amirlerinin verebilecekleri yaptırımların bir kısmına karşı yargı yolu kapalıdır. Hatta bu yaptırımlar disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi kapsamında kişinin TSK'dan çıkarılabilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Dolayısıyla AYM'nin disiplin hukukunda kıyasa izin veren düzenlemeyi iptal etmesi bu açıdan yerinde bir karardır. AYM'nin suçta kanunilik ilkesini disiplin hukukunda sert bir şekilde uygulama eğilimi göstereceği de bu kararlarından okunmaktadır.

a) Esnek Disiplinsizlik Tanımları

Suçta kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda daha yumuşak uygulanmasını sağlayacak ve idareye hareket alanı bırakacak en önemli yöntem disipline aykırı fiil kalıplarının ceza hukukundakine oranla daha genel ve esnek düzenlenmesidir. Bu yolla “kanunilik ilkesi”nin disiplin hukukunda doğuracağı sorunlar ortadan

⁶⁸⁵ “... yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurularak ayrıntı kuralları da saptamak yetkisi varsa da sık sık değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında bu organın, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda Hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması da yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu durum karşısında yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olamaz.” AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K.T. 07.06.1973, RG: 09.11.1973-14707.

⁶⁸⁶ ULUSOY, s. 26-27.

kaldırılabilir⁶⁸⁷. Bu genel ve esnek nitelikli düzenlemeler “uygunsuz davranışlarda bulunmak” ve “ahlaki zayıflık” disiplinsizliklerinde olduğu gibi “belirlilik” ilkesini zedeleyici nitelikte olmamalıdır⁶⁸⁸.

AYM, özellikle 1988 yılında Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na ilişkin “uymamak” fiilinin hangi hususları içerdiğinin belirsiz olduğu gerekçesi ile verdiği iptal kararından sonraki kararlarında, disipline aykırı fiilleri de suçta kanunilik ilkesi kapsamında incelemiş ancak disiplinsizlik tanımlarındaki esnekliğin bu ilkeye aykırı olmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme disiplin hukukunda suçta kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu ancak suç tiplerinin ceza hukukundakine nazaran daha esnek düzenlenebileceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, Avukatlık Kanunu’nun 5/c hükmünü iptal ettiği kararında ise, baro levhasından silinme yaptırımı için “avukatlık mesleğiyle bağdaşmayacak tutum ve davranışı çevresince biliniyor olmak” tanımını “muğlâk ve objektiflikten uzak olduğu” gerekçesi ile Anayasanın 2’nci maddesindeki hukuk devleti ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesine aykırı görmüş ve iptal etmiştir⁶⁸⁹.

Bir diğer kararında ise AYM, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun geçici 6’ncı maddesindeki “Görevini bağımsızlık, tarafsızlık ve dürüstlikle yapmayan **veya kusurlu olarak yapan ya da bu Kanunda yer alan mesleğin genel prensiplerine aykırı harekette bulunan meslek mensupları için geçici olarak mesleki faaliyetten alıkoyma cezası uygulanır.**” hükmüne karşı açılan iptal davasında, Anayasa’ya aykırılık iddiasını AY. m. 38 kapsamında incelemiş, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda esnek bir şekilde uygulanması gerekçesi ile iptal talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre, “...idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem atfettiği bir hukuki değerin ihlal edilmesi, hürriyeti bağlayıcı ceza dışında bir yaptırımın öngörülmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam

⁶⁸⁷ YÜCE, s. 9.

⁶⁸⁸ KARAHANOGULLARI, Memur Disiplin Hukuku, s. 62.

⁶⁸⁹ “(...) Kuralda, adayların hangi tutum ve davranışlarının avukatlık ile bağdaşmayacağına ve bunların çevre bilmesinin ne demek olduğu belirtilmemiştir. Bu nedenle avukat adaylarının mesleğe kabulünde barolara sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, mesleğe kabul edilmeme sonucunu doğuran nedenlerin tespiti noktasında barolara geniş bir takdir yetkisi tanıyan itiraz konusu kural, avukat adayları için öngörülebilir olmadığı gibi baroların keyfi yorum ve uygulamalarına karşı da yeterince koruma sağlayacak nitelikte olmadığından hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.” AYM, E. 2012/116, K. 2013/32, K.T. 28.02.2013, RG: 13.08.2013-28734.

tarafından, idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir."⁶⁹⁰

AİHS madde 7'de düzenlenen suçun yasallığı ilkesi kapsamında da, AİHM konulan kuralın açık ve ulaşılabilir, aynı zamanda bir hukukçunun yardımıyla da olsa anlaşılabilir olmasını aramaktadır. Bu nedenle AİHM tüm ayrıntıların normun içeriğinde bulunması zorunluluğunu aramamaktadır. Mahkemeye göre hükmün içerisindeki belirsizliklerin içtihat yoluyla aydınlatılmış olduğu durumlarda da söz konusu koşul yerine getirilmiş sayılmaktadır. Önemli olan suçun tutarlı ve makul olarak öngörülebilir olmasıdır⁶⁹¹. "Bir kimsenin ilgili kanun hükmünün metninden ve gerektiği takdirde bunun mahkemeler tarafından yapılan yorumundan, hangi eylem veya ihmalin kendisini cezai bakımından sorumlu kılacağını bilebilecek durumda olması hâlinde, bu şart yerine getirilmiş olur."⁶⁹²

AYM'ye göre de, "bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir"⁶⁹³. Bu nedenle normların taşıması gereken belirliliğin, öngörülebilirliğin mutlak olması gerekmez. Bu kapsamda disiplin hukukunda disipline aykırı fiillerin genel ve esnek şekilde düzenlenebilmelerini (kıyas yetkisine izin vermeksizin) kabul etmek gerekmektedir.

⁶⁹⁰ AYM, E. 2015/22, K. 2015/37, RG: 15.04.2015-29327.

⁶⁹¹ Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara 2009, Turhan Kitabevi, s. 325.

⁶⁹² Kononov/Letonya, B.N. 36376/04, K.T: 17.05.2010, Parag. 185 (Nakleden: AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 03.10.2013, RG: 18.01.2013-28886 Kararında Üyeler Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ'un Karşı Oy Yazısı).

⁶⁹³ AYM, B.N. 2012/660, K.T. 07.11.2014, RG: 10.12.2013-28847; AYM, B.N. 2012/731, K.T. 15.10.2014. RG: 17.12.2014.

b) Açık Ceza Normu Uygulaması

İkinci yöntem ise ceza hukukunda da rastlanılan ve AYM'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulmadığı⁶⁹⁴, ancak öğretideki birçok yazar tarafından kanunilik ilkesine aykırı kabul edilen⁶⁹⁵ “açık ceza normu” uygulamasıdır.

Nitekim bazı yazarlara göre de kıyas yasağının olumsuz etkilerini “açık ceza normu” uygulaması ile aşmak mümkündür.⁶⁹⁶ Gölcüklüye göre, açık ceza normu anlayışı kanunilik prensibinin uygulanmasından doğabilecek mahsurları ortadan kaldıracak nitelikte bir uygulamadır. Yasama organının gerekli hızla takip edemediği ihtiyaç ve idari gereklilikler, bu organ dışında yer alan mercilere gerektiğinde sınırları çizilmiş bir yetki tanınmasını zorunlu kılmaktadır⁶⁹⁷. AYM'ye göre ise “*Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında vurgulandığı üzere, idari suçun kanunda tanımlanmış ve karşılığında bir cezanın gösterilmiş olması yeterli olup suç sayılan eylem ve cezası kanunda açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesi idari kararlarla suç ihdası ve dolayısıyla kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir.*”⁶⁹⁸

Açık ceza normu ile (beyaz hüküm), kanunla belli konularda idareye düzenleme yapma yetkisi verilmiş ve yine aynı kanunla, verilen bu yetki çerçevesinde yapılan düzenlemelere aykırı fiillerin suç oluşturacağı düzenlenmiştir⁶⁹⁹. TSK D.K.'da bazı disipline aykırı fiiller açık ceza normu şeklinde

⁶⁹⁴ “Yasakoyucu tarafından suçun unsurlarının saptanmasından ve suç oluşturan eylemin ve cezanın yasada açıkça belirlenmesinden sonra ayrıntılarla uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinde yürütmeye yetki verilmesi, kararla suç oluşturma anlamına gelmez ve yasallık ilkesi de zedelenmez. Kaldı ki, Bakanlar Kurulu kararı daha önce Resmî Gazete’de yayımlanarak kişilere hangi eylemlerin yasaklandığı duyurulmakta ve böylece kişinin güvencesi sağlanmaktadır. Ceza da yasa ile gösterildiğine göre kararname ile suç oluşturulması söz konusu olamayacağından bu konuya ilişkin sav yerinde görülmemiştir.” AYM., E. 1997/53, K. 1998/62, K.T. 08.10.1998, RG: 04.07.2001-24452.

⁶⁹⁵ ÖZGENÇ, 2009, s. 105.

⁶⁹⁶ AKYILMAZ, s. 11.

⁶⁹⁷ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.124.

⁶⁹⁸ AYM, E. 2015/22, K. 2015/37, RG: 15.04.2015-29327.

⁶⁹⁹ ÖZGENÇ, 2009, s. 104-111.

düzenlenmiştir⁷⁰⁰. Açık ceza normuna askeri disiplin hukukunda daha fazla yer verilerek yasallık ilkesinin doğurabileceği olumsuzluklar giderilebilir. Ancak açık ceza normunda, idarenin yasanın belli alanlarını doldurmak üzere kullanacağı yetki sonucunda aldığı kararı yaptırım uygulayabileceği kişilere duyurması, tebliğ etmiş olması da zorunludur.

Disiplin hukukunda “açık disiplinsizlik tanımı” hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği sağlayacak niteliktedir AYİM yeni tarihli bir kararında, nöbet talimatına aykırı hareket etmek⁷⁰¹ disiplinsizliği nedeniyle verilen disiplin yaptırımı kararını “...somut bir olayda nöbet talimatına aykırı hareket etmek disiplinsizliğinden bahsedebilmek için nöbet tutulan yere ilişkin nöbet talimatının daha önce personele usulüne uygun biçimde tebliğ edilmesi veya ilgili birimlere asılarak ilgililerin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Somut olaya bakıldığında, her ne kadar davacıya nöbet talimatı tebliğ edilmiş olsa da söz konusu talimatta nöbetçi amir tarafından kışladaki araçlar ile ilgili bizzat takip ve kontrole ilişkin bir hükmün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davacıya bu yönde bir hükmü içerir talimat tebliği söz konusu olmadığından somut olayda nöbet talimatına aykırı hareket etmek disiplinsizliğinin oluştuğundan da bahsedilemeyecektir.” gerekçesi ile iptal etmiştir⁷⁰². Buna göre, öngörülebilirliğin ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacı bakımından, disiplin hukukunda disiplin amirine kıyas yetkisi vermek yerine açık disiplinsizlik tanımı getirmek hukuk devleti ilkesine daha uygun bir uygulama biçimi olacaktır.

⁷⁰⁰ Örneğin uyurma cezasını gerektiren, “Kılık ve kıyafeti bozuk olmak: Kılık ve kıyafet ile ilgili olarak nizamlarda ve önceden belirlenmiş kurallara riayet etmemektir.”, kınama cezasını gerektiren, “Uygun olmayan hitaplarda bulunmak: Çevresindekilere; nizamlar, emirler ve askeri teamüller ile belirlenmiş olan hitap şekilleri haricinde hitaplarda bulunmaktır.”, aylıktan kesme cezasını gerektiren, “Yasaklanmış faaliyetlere katılmak: Yetkili makamlarca yasaklanmış olan toplantı, gösteri, yürüyüş ve benzeri faaliyetlere iştirak etmektir.”, hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren, “Yasak edilen malzemeyi bulundurmamak: Kıta, karargâh ve kurumlarda ya da görev esnasında bulundurulması veya kullanılması emirle yasak edilen cep telefonu, bilgisayar, radyo, teyp, fotoğraf makinesi gibi görüntü, ses ve benzeri verileri ve bilgileri kaydeden, depolayan veya ileten her türlü cihaz ve aletler ile aksamalarını bulundurmamak veya kullanmaktır.” fiilleri Disiplin Kanununda bir nevi açık ceza normu niteliğinde düzenlenmişlerdir.

⁷⁰¹ “Nöbet talimatına aykırı hareket etmek: Maddi bir zarar doğmasına sebebiyet vermeyecek şekilde, ilgili mevzuat kapsamındaki nöbet görevlerini yaparken, nöbet yerini terk etmek veya belirlenmiş ve tebliğ edilmiş olan nöbet talimatındaki kurallara aykırı hareket etmektir.”

⁷⁰² AYİM, 3.D., E. 2014/3027, K. 2015/89, K.T. 22.01.2015, Yayımlanmamıştır.

Açık ceza normu kullanılarak idareye verilen yetkinin yasama yetkisinin devri boyutuna ulaşmamasına dikkat edilmelidir.⁷⁰³ Açık ceza normu ile kanun koyucunun emre aykırı hareketin konusunu, uygulanacak yaptırımı (alt ve üst sınırlarıyla birlikte) ve yetkili mercii düzenleyerek bunun dışında kalan alanlarda idareye yetki vermesi yasama yetkisinin devri niteliğinde olmayacaktır. Çünkü yasama organı, işlenmesi halinde suç oluşturacak fiillerin konusunu belirleyerek, suçun maddi unsurunu açık bir şekilde belirterek, suç çerçevesini oluşturacak makamı tayin ederek yasama yetkisini kullanmıştır⁷⁰⁴. AYM’ye göre de, “...yasama faaliyetinin ağır işleme sebebiyle bunun zamanında sağlanması mümkün olmaz. İşte bu düşüncelerledir ki; kanun koyucu esaslı hükümleri düzenliyerek alınacak tedbirlerin ihtiyaçlara uygunluğunu sağlamak için bazı hükümler konmasında, yürütme organına yetki vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur.”⁷⁰⁵

c) Disipline Aykırı Fiillerin Tüzük veya Yönetmeliklerle Düzenlenmesi

Disiplin hukukunda idareye kıyas yetkisi vermek yerine kullanılabilecek diğer bir yöntem de disiplinsizliklerin idarenin düzenleyici işlemleriyle tespit edilerek idarenin yetkisinin objektifleştirilmesidir. Nitekim disipline aykırı fiillerin tespiti konusunda idareye takdir yetkisi bırakılması, disiplin hukukunda da uygulama alanı bulması gereken suçta kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu nedenle yasama organınca bütün disiplinsizliklerin yasada sayılabilmesinin imkânsızlığı karşısında, kanunda düzenlenen genel nitelikli disiplinsizliklere “nitelik ve ağırlıkları” itibarıyla benzer disiplinsizliklerin belirlenmesi disiplin amirlerine bırakılmamalı, bu konu takdir yetkisinin objektifleştirilmesi amacıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılmalı, idare kanunla belirlenen disiplinsizliklerin kapsamını daraltıp genişletmeden bu fiilleri somutlaştırmalıdır. Ancak idarenin düzenleyici işlemlerini, konunun ilgililerine durulması ve hukuki belirlilik ve güvenliğin sağlanması gerekliliği nedeniyle, sadece tüzük ve yönetmelikle sınırlı tutmak gerekmektedir⁷⁰⁶.

⁷⁰³ AYM, E. 2012/129, K. 2013/40, K.T. 07.03.2013, RG: 18.04.2013-28622.

⁷⁰⁴ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s. 123.

⁷⁰⁵ AYM, E. 1962/198, K. 1962/111, K.T. 10.12.1962, RG: 24.01.1963-11316; AYM, E. 1962/232, K. 1963/9, K.T. 16.01.1963, RG: 11.06.1963-11400.

⁷⁰⁶ ULUSOY, s. 27, 129.

Söz konusu düzenlemeleri yönerge gibi idarenin iç düzen işlemleriyle veya resmi gazetede yayımlanmayan bir düzenleyici işlem ile yapmak hukuki belirlilik ve güvenliği sağlamayacaktır.

Nitekim bu konuda Ulusoy'a göre de suç ve cezaların kanuniliği ilkesi açısından idari yaptırımların sadece türlerinin kanunla belirlenmesi yeterli olup, disipline aykırı fiillerin somut olarak sadece tüzük ve yönetmeliklerle belirlenmesini hukuka aykırı görmemek gerekir⁷⁰⁷. Aynı şekilde Gözlere göre ise, disipline aykırı fiillerin kanundan ziyade yönetmelikle bile düzenlenmesi zorunlu değilken, bu yetkinin yönetmelikle düzenlenmesinde ve dolayısıyla yetkinin objektifleştirilmesinde sayısız yarar olacaktır⁷⁰⁸. Aynı şekilde Feyzioğlu'na göre de, *“idari suçlar ve bunların cezaları, kanunla izin verilmek ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile kamu yararına aykırı olmamak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenebilir”*⁷⁰⁹. AİHM ise öngörülebilirliğin ve hukuki güvenliğin kanun veya idarenin düzenleyici işlemlerinden hangisiyle sağlandığını önemsememekte, bunu üye ülkenin iç hukukuna bırakmaktadır⁷¹⁰. Ancak bu durumda yapılacak idari düzenlemenin tüzük veya yönetmelik şeklinde yapılması öngörülebilirliğin sağlanması açısından zorunludur.

Kabahatler Kanununun “Kanunilik ilkesi” başlıklı 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında kabahat olarak nitelendirilecek fiiller açısından; *“hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir”* kuralı getirildikten sonra bu fiillere uygulanacak yaptırımlar için de *“kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir”* kuralı getirilmiştir⁷¹¹. Kabahatler Kanunu m. 4'de de kabul edilen bu sistemin TSK Disiplin Yaptırımları açısından da kabul edilip uygulanması gerekmektedir.

⁷⁰⁷ ULUSOY, s. 26-27; Aynı yönde bkz: Cahit TUTUM, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, Sevinç Matbaası, 1972, s. 42-43.

⁷⁰⁸ GÖZLER, C. II, 2009, s. 758-759.

⁷⁰⁹ FEYZİOĞLU, İşyeri Kapatma Cezası, s. 16.

⁷¹⁰ ULUSOY, s. 94.

⁷¹¹ *“Buna karşın, 5326 Sayılı Kabahatler Kanununun 4'üncü maddesinde de belirtildiği üzere, hangi fiillerin idari suç oluşturduğu, kanunla çizilen çerçeve içerisinde idari düzenlemelerle de belirlenebilmekte, ancak, disiplin cezaları da dahil olmak üzere tüm idari ceza türlerinin mutlaka kanunla öngörülmesi gerekmektedir.”* DİDDK, E. 2011/2486, K. 2012/1698, K.T. 05.11.2012, Kazancı.

III.DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA KARŞI YARGISAL KORUNMA

1982 Anayasası disiplin hukuku bakımından üç temel ilke öngörmektedir. Bu ilkeler: kanunilik ilkesi, savunma hakkı ve yargı yolu güvencesidir⁷¹². Silahlı Kuvvetlerde uygulanan disiplin yaptırımları açısından kanunilik ilkesi ve savunma hakkı mutlak uygulanması gereken ilkelerden iken, yargı yolu güvencesi açısından farklı düzenlemeler yapılmasına imkân verilmiştir. Anayasa m. 129/3’de, “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.*” hükmünden sonra 4’üncü fıkrada “*Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.*” hükmü getirilmiştir.

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21’inci maddesinin üçüncü fıkrası⁷¹³ ile Anayasadaki bu istisna hükme dayanılarak TSK disiplin yaptırımlarının tamamına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Ancak bu maddede 31.01.2013 yılında TSK D.K.’nın 45’inci maddesi ile yapılan değişiklikle bazı disiplin yaptırımlarına karşı yargısal denetime imkân sağlanmıştır. TSK D.K. m. 43 ile⁷¹⁴ sadece yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezaları ile asker kişiler hakkında disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı yargısal denetim yolu açılmıştır. Savaş zamanında ise sadece Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezalarına karşı yargı yoluna başvurulabilecek iken, bunun dışındaki bütün disiplin cezalarına karşı yargı yolu kapatılmıştır. Erbaş ve erler ile askeri öğrencilere verilen bütün disiplin cezaları savaş veya barış zamanı ayırma gidilmeden yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Daha önce tüm yaptırımların yargısal denetim dışında tutulduğu askeri disiplin hukuku sisteminde, yaptırımların sadece belli bir kısmına karşı yargısal

⁷¹² AKYILMAZ, s. 1.

⁷¹³ 1602 sayılı Kanun m. 21/3: “(Değişik üçüncü fıkra: 31/1/2013-6413/45 md.) Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın kararları ile disiplinsizlik nedeniyle verilen disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar yargı denetimi dışındadır. Ancak; Yüksek Askeri Şuranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararına ve askeri disiplin ile ilgili kanunlarda yargıya açık olduğu belirtilmiş olan disiplin cezalarına karşı yargı yolu açıktır.”

⁷¹⁴ TSD D.K. m. 43: “Yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezaları ile subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açılabilir.”

denetim yolu açılmıştır. Tüm yaptırımlara karşı yargısal denetimin mümkün olmamasının sebebi, “yargı yoluna başvurulmasının askeri disiplini zedeleyeceği” anlayışıdır. Nitekim TSK D.K. madde 43’ün gerekçesinde de yargısal denetimin disiplinin tesisine zarar vereceği görüşünden hareket edildiğini gösteren ifadeler kullanılmıştır. “*Kanunla kısmen, ağır nitelikteki disiplin cezalarının yargı denetimine açılmasına imkân sağlanmıştır. Türk Silahlı Kuvvetlerinin mevcudu, disiplin tesisinin önemi, disiplinsizliklerin ve disiplin cezalarının mahiyeti gibi hususlar gözönüne alınarak tüm disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık olması sistemi tercih edilmemiştir. Zira bu tür bir sistemin, disipline ciddi zararlar verebileceği değerlendirilmektedir.*”⁷¹⁵

Ancak disiplin, personele verilen hukuka aykırı cezaların yargısal denetim yoluyla ortadan kaldırılabilmek için önüne geçilerek sağlanamaz. Askeri disiplinin önemi ve TSK’nın kurumsal niteliği yargısal denetim yasağına gerekçe oluşturamaz. Bağımsız yargı organlarınca denetlenebilen cezalar personeli disipline etme açısından daha etkili olacaktır. Kendisine verilen cezaların bağımsız yargı organları önünde hukuki denetimini yaptırma imkânına sahip personel, kendisine verilen disiplin cezasının yapıcı (disipline etme) etkisine daha çok girecektir.

Gözler’e göre kamu görevlisi üzerinde hukuki sonuç doğurmayan, menfaatlerini etkilemeyen uyarma ve kınama cezalarının yargısal denetime kapalı olmasının eleştirilecek bir tarafı yoktur. Çünkü bu yaptırımlar sadece kişinin manevi dünyasını etkilemektedir⁷¹⁶. Bir kısım yazarlarca bu konudaki yargısal denetim yasağının “yargıyı hafif disiplin cezasıyla işe boğmamak” amacına yönelik olduğu ifade edilmektedir⁷¹⁷. AYM’de uyarma ve kınama cezalarına karşı yargısal denetim yasağı getiren hükmün Anayasaya aykırılığını incelerken bu hususu vurgulamıştır⁷¹⁸. Ancak askeri disiplin hukuku sisteminde disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemine göre uyarma ve kınama cezaları dâhil tüm cezalar personelin menfaatini

⁷¹⁵ “... memur işlerinde dava açılması kaçınılmaz olarak amir-memur ilişkisini olumsuz şekilde etkiler. Uyarma ve kınama gibi küçük disiplin cezalarına karşı da dava açılmasına imkân verilirse, bu ilişki her zaman bozulur. En ufak işlemlerinin bile yargı denetimine tabi tutulması hiyerarşik amirin bütün prestijini sarsar. İdare içi ilişkilerin yargısallaştığı bir yerde hizmetin hakkıyla yürütülmesi zordur.” GÖZLER, C. II, 2009, s. 784.

⁷¹⁶ GÖZLER, C. II, 2009, s. 783.

⁷¹⁷ SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 326, dn. 15; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 311.

⁷¹⁸ AYM, E. 2002/169, K. 2007/88, K.T. 27.11.2007, RG: 19.01.2008-26792.

etkileyebilecek niteliktedir. Aynı zamanda bu cezalar tekerrüre esas alınabilecek cezalardır. Ayrıca disiplin yaptırımlarının diğer idari işlemler etkisini düzenleyen maddede cezalar arasında ayırım yapılmamış, tüm cezaların nitelikleri ölçüsünde personel hakkında yapılacak işlemleri etkilemesine, süre sınırı getirilmeden, imkân tanınmıştır. Bu nedenle, TSK disiplin hukuku sisteminde yargısal denetim yasağı kapsamında bulunan disiplin cezaları personelin hak ve menfaatlerini önemli ölçüde etkilediğinden bu yasağın ayrıca incelenmesi oldukça önem taşımaktadır.

Anayasa'nın disiplin cezaları konusunda özel düzenleme getirdiği 129'uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları birlikte değerlendirilecek olursa, disiplin cezalarında kural yargı yolunun açık olmasıdır. İstisna ise “yargısal denetim” yoluna kısıtlama getirilebilmesidir⁷¹⁹. Ancak yasama organına tanınan bu sınırlama yetkisinin eşitlik ve ölçülülük ilkesi gibi diğer Anayasal kural ve ilkelere uygun kullanılması gerekir⁷²⁰. Nitekim 1602 sayılı Yasanın (m. 21/3) hak arama özgürlüğünü kısıtlayan hükmü her ne kadar Anayasanın 129/4'üncü maddesindeki istisnaya dayansa da, bu düzenleme Anayasa'nın 13'üncü maddesi ile getirilen sınırlandırma ölçütlerinden bağışık bir düzenleme değildir.

A. ANAYASAL HÜKÜMLER AÇISINDAN YARGISAL DENETİM YASAĞI

1. Eşitlik İlkesi Bakımından Yargısal Denetim Yasağı

Anayasanın 129'uncu maddesindeki “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.*” hükmü asker kişilere verilecek disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunu kapatan bir hüküm değil, bu konuda yasama organına takdir yetkisi veren bir düzenlemedir⁷²¹. Yasama organı ise, diğer bütün kurumlarda

⁷¹⁹ KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 316; AKYILDIZ, S. 42-43.

⁷²⁰ Kerem ALTIPARMAK/Onur KARAHANOGULLARI, “**Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın Zimnen İptali**”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 19-20, 1997-1998, sayfa 215-233. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/bimkarari.htm>. (İnternet Metni Kullanılmıştır).

⁷²¹ KAPLAN, Yargı Yolu, s. 322; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 317; GÖZLER, C. II, 2009, s. 785. ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, Bölge İdare Mahkemesi; Sercan Coşkun KULAK, “**Anayasa m. 90/5 ve AİHS m. 6/1 Karşısında Uyarma-Kınama Cezaları ve Yargısal Denetimi**”, TBBD, S. 65, Y. 2006, s. 145; Aksi yönde bkz: AYM, E. 2002/169, K. 2007/88, K.T. 27.11.2007, RG: 19.01.2008-26792.

alışan kamu görevlilerine ve TSK’da çalışan devlet memurlarına verilen disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolu amış iken, Silahlı Kuvvetler personeli, erbaş ve erler ile askeri öğrenciler açısından birçok disiplin yaptırımına karşı yargısal denetim yolunu kapatmıştır.

TSK ve hâkimler ve savcılar hakkındaki düzenlemeler hariç diğerk tüm kamu görevlileri kendilerine verilen her türlü disiplin cezasına karşı yargı yoluna başvurabileceklerdir. Aynı şekilde TSK eğitim kurumlarında öğrenim gören askeri öğrenciler disiplin cezalarına karşı yargı yoluna gidemeyecek iken diğerk eğitim kurumlarındaki öğrenciler yargı yoluna başvurabileceklerdir. TSK’da çalışan devlet memurları TSK D.K. kapsamında çıkarılmış DMK’nın disiplin hükümlerine tabi kılınmışlardır. Buna göre aynı yerde çalışan bir subay ile bir devlet memurunun birbirlerine karşı disiplini bozacak nitelikte davranış sergilemeleri halinde, sözgelimi subayın hizmete kısmi süreli devam cezası alması⁷²², devlet memurunun ise belki de üzerinde sadece manevi bir etki bırakacak uyarma veya kınama cezası alması sonucunda, subay yargısal korunma yollarından faydalanamayacak, devlet memuru ise yargısal denetim yoluna gidebilecektir. Bu nedenle Yasama organı Anayasa m. 129 ile kendisine verilen takdir yetkisini anayasanın eřitlik⁷²³ ve hukuk devleti⁷²⁴ gibi diğerk hükümlerine aykırı kullanmıştır. Yasama organınca yapılan bu nitelikte bir düzenleme TSK içerisinde kamu görevlileri arasında eşitliğey aykırı bir durum yaratmıştır.

AYM’ye göre eşitlik ilkesi “(...)hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. (...) Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektedir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara

⁷²² Bu cezanın doğurabileceği sonuçlar açısından, subayın 18 ceza puanından 2’si silinecektir (TSK D.K. m. 21). Ayrıca TSK D.K. m. 30 nedeniyle bu subay aldığı bu ceza sebebiyle özellikli bir göreve seilemeyebilecek, yurt dışı göreve gidemeyebilecektir.

⁷²³ AKYILMAZ, s. 18; KAPLAN, Yargı Yolu, s. 336.

⁷²⁴ “Hangi gerekçeyle olursa olsun bir kısım idari işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması hukuk devleti ilkesini zedeler.” Ayhan DÖNER, “Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma Ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek”, EHFD, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 152; “Böyle bir yasal düzenleme, elbette hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.” YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 11; YILDIRIM, Askeri Disiplin Hukuku, s. 31.

*ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır*⁷²⁵.” AYM’nin bu yaklaşımı dikkate alındığında, TSK’da istihdam edilen sivil memurlar her türlü disiplin cezasına karşı hak arama özgürlüğü kapsamında yargı yoluna gidebiliyor iken aynı kurumda görevli asker personelin bir takım disiplin cezalarına karşı yargı yoluna gidememesi Anayasa’nın 10’uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Çünkü TSK D.K. kapsamında olan asker kişiler ile disiplin hükümleri açısından DMK’ya tabi olan sivil memurlar en nihayetinde TSK personelidirler ve hak arama özgürlüğü bakımından aynı statüde kabul edilmelidirler. Nitekim AYM’de bir kararında, kişilere uygulanan idari yaptırımın farklı hukuki menfaatleri korumaya yönelik olmasını, söz konusu kişilerin farklı hukuki statüde kabul edilmelerine gerekçe olarak kullanmıştır⁷²⁶. Dolayısıyla bu kişilere uygulanan disiplin cezaları ile aynı hukuki menfaat (TSK’nın iç düzeni) korunduğundan, bu husus söz konusu kişilerin aynı statüde kabul edilmelerini gerektirir.

Öğretide bir kısım yazara göre de, (DMK’nın uyarma ve kınama cezalarına karşı yargısal denetim yolunu kapattığı dönem için) uyarma ve kınama cezalarına karşı kanunla yargı yolunun kapatılması hak arama özgürlüğü açısından kamu görevlileri arasında eşitliği bozacaktır. Bu nedenle kanunla böyle bir düzenleme yapılması, söz konusu kanunu Anayasanın eşitliği düzenleyen hükümlerine aykırı hale getirecektir⁷²⁷.

Askeri disiplin hukuku açısından ise özellikle Engel kararında başvuruçular kişi özgürlüğü açısından askerler ile sivil şahıslar arasındaki eşitlikçi olmayan

⁷²⁵ AYM, E. 2013/101, K. 2014/63, K.T. 27.03.2014, RG: 22.07.2014-29068. AYM, E. 2013/91, K. 2014/59, K.T. 27.03.2014, RG: 22.07.2014-29068.

⁷²⁶ “İtiraz konusu kuralda etkili bir trafik denetiminin yapılması ve kamu otoritesinin sağlanması için öngörülen yaptırım ile alkollü araç kullanımı eylemi için öngörülen yaptırımın getiriliş amacının başka bir ifadeyle yaptırıma bağlanan anılan eylemlerin koruduğu hukuki değerlerin farklılığı dikkate alındığında bu eylemlerin faillerinin aynı konumda bulunmadıkları ve tümüyle aynı kurallara tabi tutulmalarının gerekmediği açıktır.” AYM, E. 2014/65, K. 2014/150, K.T. 02.10.2014. RG. 12.12.2014-29203.

⁷²⁷ AKYILMAZ, s. 18; ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, Bölge İdare Mahkemesi, “Kamu personeli arasında yaratılmış bulunan bu şekildeki farklı durum ve düzenlemelerin, Anayasanın “eşitlik” ilkesini ihlal etmediğini söylemek güçtür. Gerçekten de, eşitlik ilkesi karşısında, bu şekildeki farklı durum ve düzenlemelerin dayandırılabilmesi ve haklılaştırılabilmesi bir zemin bulunmamaktadır.”, KAPLAN, Yargı Yolu, s. 336; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 320; “Özel disiplin kanunu olmayan diğer memur sınıfları hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları, Devlet Memurları Kanunu’nun 136. Maddesine göre yargı denetimine tabi değildir. Devlet Memurları Kanunu’nun bu maddesi, Anayasa’nın eşitlik ilkesine, hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma ilkesine aykırıdır.” YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 11.

muameleye itiraz etmişlerdir. Bu itirazı değerlendiren AİHM, askeri yaşam şartları ve gereklerinin, niteliği bakımından sivil yaşamdan farklı olduğunu belirterek, askeri disiplin sisteminin doğası gereği, sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların silahlı kuvvetler mensuplarına konulmasına imkân vereceği yaklaşımından hareketle, kişi özgürlüğü açısından eşitlik ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁷²⁸. AİHM burada askeri yaşam şartlarını haklı bir neden olarak değerlendirmiştir.

Bireyler arasında farklı düzenlemelerin eşitlik ilkesini ihlal etmemesi için haklı bir nedene dayanması gerekir. Bu konuda haklı neden ölçütü kilit rol oynamaktadır. Nitekim AYM'ye göre de, “(...) Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasını haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamaktadır.”⁷²⁹ Hak arama özgürlüğü açısından asker kişiler ile kamu görevlisi olsun olmasın tüm diğer kişiler arasında yapılacak farklılaştırmayı meşru hale getirecek herhangi haklı bir neden yoktur. Aksine, hak arama özgürlüğü verilen disiplin cezasının asker kişi üzerinde olumlu sonuç doğurmasını sağlayacaktır. Kişi özgürlüğü açısından getirilen farklılaştırma AİHM tarafından “askeri yaşam şartları ve gereklerinin, niteliği bakımından sivil yaşamdan farklı olduğu” gerekçesi ile gerekli/haklı görülse dahi, kanaatimize göre hak arama özgürlüğü açısından getirilecek böyle bir farklılaştırma bu tür bir gerekçe ile “gerekli ve haklı” hale

⁷²⁸ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, Parag. 73-74; Aynı şekilde Engel kararının 92. paragrafında, başvuruçuların sivillere tanınan adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin asker kişilere tanınmamasından dolayı adil yargılanma hakkı açısından Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14'üncü maddesine aykırılık iddiasına karşı Mahkeme, asker kişilerin yargılanması ile sivil kişilerin yargılanması açısından Sözleşmeciler Devletlerinin mevzuatlarında bulunan farklılığın “askeri yaşam ile sivil yaşam arasındaki farklılıklar” nedeniyle meşru sayılabileceği ve asker kişiler aleyhine adil yargılanma hakkı açısından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

⁷²⁹ AYM, E. 1997/32, K. 1998/25, K.T. 26.05.1998, RG: 11.03.2003-25045; Aynı yönde bkz: AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.T. 31.03.1992, RG: 27.01.1993-21478. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet SAĞLAM, “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler Ve Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması”, DD, Y. 35, S. 109, 2005, s. 12 vd.

getirilemez. Askeri kişi olmak, hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasını hiçbir şekilde gerekli ve haklı kılmaz.

Bu anlayış çerçevesinde AYM, askeri ceza hukukunda asker kişiler hakkında denetimli serbestlik uygulamasına gidilmesini engelleyen yasa kuralına karşı somut norm denetimi yoluyla önüne gelen davada, asker kişiler hakkında denetimli serbestlik uygulamasına gidilememesini asker kişiler ile sivil kişiler arasında eşit olmayan uygulamalar yaratıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırılıktan dolayı iptal etmiştir. Karara göre: *“İtiraz konusu kural uyarınca askeri yargıda, insan haklarına yapılan orantısız müdahalelerin önüne geçmeyi ve en az kişi özgürlüğü sınırlamasını amaçlayan adli kontrol kurumunun uygulanmasına imkân verilmemesi, asker kişiler ile sivil kişiler arasında eşit olmayan uygulamalar yaratmakta ve özgürlüklerinden mahrum olmalarına sebep olmaktadır. İtiraz konusu kural uyarınca askeri yargıda adli kontrol tedbirlerinin uygulanamamasının, anlaşılabilir haklı neden veya kamu yararına dayanmadığı, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olmadığı gibi askeri yargı ile bağdaşan bir yönünün de bulunmadığı açıktır”⁷³⁰.*

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması (AY. m. 13) ve Hak Arama Özgürlüğü (AY. m. 36) Bakımından Yargısal Denetim Yasağı

a. Hak Arama Özgürlüğünün Kısıtlanması ve Bu Kısıtlamanın Anayasa'nın 13'üncü Maddesine Uygunluğu

Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınmıştır. *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”* denilerek dava yoluyla hak arama özgürlüğü korunmuştur. Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından birisidir. Nitekim bu hak hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsamına almaktadır⁷³¹. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı

⁷³⁰ AYM, E. 2012/149, K. 2013/63, K.T. 22.05.2013, RG: 28.12.2013-28865.

⁷³¹ AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.07.2013, RG. 25.01.2014-28893.

*kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlatabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.*⁷³²

Anayasa m. 129/3 ile disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı hükmü getirilerek disiplin cezaları konusunda hak arama özgürlüğü mutlak koruma altına alınmıştır. Ancak 4'üncü fıkrada, özel sınırlama sebepleri belirtilmeden, TSK'daki disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasına yönelik düzenlemeler yapılması, bir diğer anlamda hak arama özgürlüğünün TSK disiplin yaptırımları açısından sınırlandırılması konusunda yasama organına takdir yetkisi verilmiştir⁷³³. Anayasa bazı hukuki işlemlere karşı yargı denetimini doğrudan kapatmışken⁷³⁴ 129/4'deki bu hüküm bir temel hak ve özgürlüğü doğrudan sınırlandıran bir çeşit “anayasal sınırlandırma” hükmü değil, “kanun koyucunun takdirine bağlı sınırlandırma” hükmüdür⁷³⁵. Öğretide “basit yasa kayıtlı sınırlandırma” olarak adlandırılan bu yöntem, anayasada düzenlenen bir temel hak ve özgürlüğün herhangi bir sınırlama sebebi gösterilmeden, sınırlarının ve kullanılmasının kanunla düzenlenmesi yöntemidir⁷³⁶.

Anayasanın 36'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü konusunda anayasada özel veya genel bir sınırlandırma hükmü getirilmemiş olması söz konusu

⁷³² AYM, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, RG. 05.09.2002-24867.

⁷³³ “Anayasamızın 129 uncu maddesinde, uyarma kınama cezaları dışındaki disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmü ile, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kesinlikle kapatılmış olmayıp, bu cezalara karşı yargı yolunun yasa ile kapatılıp kapatılamayacağı yolunda yasa koyucuya takdir yetkisi verilmiştir.” D.8.D, E. 1996/662, K. 1998/2876, K.T. 01.10.1998, Kazancı, (Nakleden: DÖNER, s. 154).

⁷³⁴ Örneğin Anayasa m. 105/2'deki “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.” hükmü, m. 125/2'deki “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.” hükmü ile HSYK tarafından yapılan işlemler için getirilen m. 159/10'daki “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” hükmü ilgili işlemleri doğrudan yargısal denetim dışında bırakmış iken, m. 129/3 ve 4'deki “Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır.” hükmü ile yasama organına Silahlı Kuvvetler mensuplarına verilecek disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakmak konusunda takdir yetkisi verilmiştir.

⁷³⁵ Mehmet SAĞLAM, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı, C. 19, Y. 2002, s. 236 vd.

⁷³⁶ SAĞLAM, Anayasa Değişiklikleri, s. 238-239.

hak ve özgürlüğün sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir⁷³⁷. Hak arama özgürlüğünün TSK disiplin yaptırımlarında kullanılması ve bu hakkın sınırları konusunda Anayasa m. 129/4’de kanun koyucunun takdirine bağlı, basit yasa kayıtlı sınırlandırma yöntemi kabul edilmiştir. Bu nedenle “hak arama özgürlüğünün” en önemli araçlarından birisi olan “yargı mercilerine başvurma hakkı”, TSK disiplin yaptırımları hakkında herhangi bir sınırlama sebebine bağlı kalmaksızın ve fakat temel hak ve özgürlükleri koruyan Anayasanın 13’üncü maddesindeki diğer şartlara uygun bir şekilde sınırlandırılabilir. Bu nedenle TSK disiplin yaptırımlarına yargı yolunu kapatan düzenlemenin “kanunla” yapılmasının zorunlu olmasının yanında, bu kanunun Anayasanın 13’üncü maddesindeki diğer şartlara da uygun olması gerekir. Bu kapsamda kanunla yapılacak bir sınırlandırmanın hakkın özüne dokunmayacak, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayacak biçimde ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir⁷³⁸. Çünkü her ne kadar yasa koyucu, TSK disiplin yaptırımlarında hak arama özgürlüğünün en önemli yollarından biri olan yargı mercilerine başvurma hakkını sınırlandırma konusunda geniş takdir yetkisine sahip olsa da, bu sınırlandırmayı yaparken Anayasanın 13’üncü maddesindeki sınırlamalara uymak zorundadır⁷³⁹. Nitekim AYM’ye göre de, hak arama özgürlüğünü düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa bile Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakkın sınırlandırılması mümkün olabilir. Ancak bu sınırlamalar, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz⁷⁴⁰.

AYM dava açma hakkını engelleyen yasaları “(...) Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa’nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa’nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda

⁷³⁷ AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.07.2013, RG: 25.01.2014-28893.

⁷³⁸ AİHM, Ashingdane/Birleşik Krallık Davasında, taraf devletlerce mahkemeye başvurma hakkına sınırlamalar getirilebileceğini, ancak bu sınırlamaların hakkın özünü zedelemeyecek şekilde ve ölçüde kısıtlanmaması, sınırlamanın meşru bir amaca hizmet etmesi ve kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin (orantılılık ilişkisi) bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ashingdane/Birleşik Krallık Davası, B.N. 8225/78, K.T. 28.05.1985, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=102>, E.T. 23.05.2014.

⁷³⁹ SAĞLAM, Anayasa Değişiklikleri, s. 260.

⁷⁴⁰ AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.07.2013, RG: 25.01.2014-28893.

özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.”⁷⁴¹ gerekçesi ile iptal etmektedir. Ancak bu yaklaşım asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları için de geçerli olabilecek bir yaklaşım değildir. Çünkü Anayasa m. 129/4, aslında yasama organının özel sınırlama sebebine bağlı kalmaksızın sınırlama getirebilmesine imkân tanımaktadır. Bu bakımdan yasama organına özel bir sınırlama sebebi getirmeden askeri disiplin hukukunda hak arama özgürlüğünü kısıtlama yetkisini veren hüküm Anayasa'nın 129/4'üncü maddesi olup bu maddeye dayanılarak çıkarılan kanun hükümleri (1602 s.k. m. 21, 6413 s.k. m. 43) salt bu açıdan Anayasa'nın 13 ve 36'ncı maddesine aykırı olmayacaktır.⁷⁴²

TSK disiplin hukukunda hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasına imkân veren Anayasa'nın 129/4'üncü maddesinin özel sınırlama sebepleri getirmemiş olması, aslında yasama organına askeri disiplin hukukunda yargısal yollara başvurma özgürlüğünü sınırlandırma konusunda sınırları belirsiz bir takdir yetkisi vermiştir. Ancak bu takdir yetkisi kullanılırken özellikle Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki (özel sınırlama sebebi bulunması şartı hariç) ilkeler merkezde olmak üzere, diğer Anayasal ilkelere uygun bir şekilde sınırlandırma yapılmış olması gerekir⁷⁴³. İleride daha ayrıntılı açıklanmak üzere, bu anlayış Anayasa kuralları arasında hiyerarşi yaratmak anlamına gelmemektedir⁷⁴⁴.

⁷⁴¹ AYM, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, RG: 05.09.2002-24867.

⁷⁴² Aksi Yönde bkz: “... başta 657 sayılı kanunun 135. maddesi olmak üzere uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kanuni düzenlemeler, Anayasanın 13'üncü maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerinin bulunmaması nedeniyle Anayasaya aykırıdır.”, DÖNER, s. 154, dn. 13; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 319; Ali AKYILDIZ, “Disiplin Hukukumuzda Anayasal Bakış”, Türk Hukuk Dünyası, Y. 2, S. 3, Mayıs 2002, s. 48-49.

⁷⁴³ “Anayasa'nın 13. maddesinin yeni düzenleniş şekliyle temel hak ve özgürlükleri hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmayan sınırsız “özgürlük alanları” olarak görmemek gerekir. Bu hak ve özgürlükler düzenlendikleri temel hak normunun alanlarıyla sınırlıdır. 13. Maddenin son şekline göre; yasakoyucunun Belediye Gelirleri gibi özel nitelikli yasalarda dahi herhangi bir sınırlama yapamayacağını benimsemek doğru değildir. Yasakoyucunun sınırlamaya yer verdiği bir yasal düzenlemede: Hak ve özgürlüğün özüne dokunulmaması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı davranılmaması, Demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine uyulması, Ölçülülük ilkesine uygun düzenleme yapılması, şeklinde belirlenen ilkelere uyulması durumunda Anayasa'ya aykırılıktan bahsedilemez.” Üye Ertuğrul ERSOY'un karşı oy yazısı; AYM, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, RG: 05.09.2002-24867.

⁷⁴⁴ “Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.” AYM, E. 2012/40, K. 2012/158, K.T. 18.10.2012, RG: 12.05.2012-28645.

Anayasanın Silahlı Kuvvetlerde disiplin cezalarına yargısal denetim yasağı getirilmesine izin veren hükmü karşısında, hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak böyle bir düzenlemenin Anayasanın 13'üncü maddesi gereği kanunla yapılması zorunludur⁷⁴⁵. Bu kapsamda 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 31/1/2013 yılında 6413 sayılı kanunun 45'inci maddesi ile yeniden düzenlenen 21'inci maddesinin üçüncü fıkrası ile bütün disiplin cezalarına karşı yasama kısıntısı getirilmiş, bu değişiklikle aynı tarihte çıkarılan 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu m. 43 ile de bazı ağır nitelikteki disiplin cezalarının AYİM tarafından yargısal denetiminin yapılmasının önü açılmıştır.

Asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımlarına yargı yolunu kapatan düzenlemenin hak arama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırmaması ve ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir. Bu kapsamda Anayasanın 13'üncü maddesine uygun olması gereken hüküm, bazı disiplin cezalarına karşı yargı yolunu açan TSK D.K.'nın 43'üncü maddesi değil, TSK da uygulanan disiplin cezalarının ve diğer idari yaptırımların tamamına karşı yargı yolunu kapatan 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Bu hükmün Anayasaya uygunluğunun denetimi için de TSK D.K.'nın bazı disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunu açan 43'üncü maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir.

1602 sayılı Kanun m. 21/3 ile TSK D.K. m. 43 birlikte değerlendirildiğinde, 1602 sayılı Kanun m. 21/3, TSK disiplin yaptırımlarına karşı dava açma hakkının

⁷⁴⁵ AKYILMAZ, s. 17; KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 77; "Anayasanın 129 uncu maddesi üçüncü fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak Anayasanın bu hükmüne göre, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yasayla yargı denetimi dışında tutulması mümkündür.", D10D, E. 1986/1113, K. 1988/806, K.T. 04.05.1988, Kazancı; "Anayasanın 129.maddesindeki, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı yolundaki hüküm, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36.maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. Ancak bu sınırlamanın yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği idari makamlarca yürürlüğe konulan düzenleyici tasarruflarla, böyle bir sınırlama getirilmesinin ise yukarıda belirtilen Anayasa'nın 13.maddesi karşısında mümkün olamayacağı açıktır." D10D, E. 1985/169, K. 1986/31, K.T. 21.01.1986, Kazancı; Aynı yönde: DİDDK, E. 1991/496, K. 1992/176, K.T. 23.10.1992; DİDDK, E. 1993/161, K. 1994/327, K.T. 17.06.1994; D8D, E. 1997/1535, K. 1997/4048, K.T. 18.12.1997; D8D, E. 1997/1959, K. 1998/4563, K.T. 24.12.1998; D8D, E. 1996/662, K. 1998/2876, K.T. 01.10.1998, Kazancı; Kararların ayrıntılı değerlendirmesi için bkz.: KAPLAN, Yargı Yolu, s. 329 vd.

öznelerinden biri olan erbaş ve erler ile askeri öğrencilere verilecek tüm disiplin cezalarını yargı denetimi dışında bırakmıştır. Askeri öğrencilerin askeri eğitim kurumlarından çıkarılmalarına ve dolayısıyla eğitim haklarının kısıtlanmasına sebep olabilecek yaptırımlara ve erbaş ve erlerin askerliklerinin uzamasına sebep olabilecek yaptırımlara karşı yargısal denetim yolunun tamamen kapalı olması, bu kişiler açısından hak arama özgürlüğünün kullanımını tamamen ortadan kaldırması ve hakkın özüne dokunulması sonucunu doğuracaktır. Zira askeri öğrenciler ile erbaş ve erler dışındaki asker kişiler hakkında uygulanan uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması da dikkate alındığında, 1602 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin üçüncü fıkrasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel bir ilke olan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ayrıca idari işlem niteliğindeki disiplin cezalarından bazılarına karşı yargı yolunun kapalı olması, her türlü eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olmasını gerektiren hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır⁷⁴⁶. Askeri disiplinin önemi, asker kişiler hakkında ve temel haklar konusunda sivil kişilere göre daha kısıtlayıcı hükümler getirilmesini gerekli kılabilir. Ancak bu önem hak arama özgürlüğü gibi bazı hakların kısıtlanmasına gerekçe oluşturamaz. Nitekim AYM, asker kişiler hakkında denetimli serbestlik uygulamasına gidilebilmesini engelleyen yasa kuralını iptal ettiği kararında, söz konusu yasa kuralının sivil kişilere göre asker kişilerin temel hak ve özgürlüğünü orantılık ilkesine aykırı bir biçimde kısıtladığı gerekçesi ile iptal etmiştir⁷⁴⁷. TSK disiplin hukukunda disiplin yaptırımları personelin meslek dışına çıkarılması, askeri öğrencilerin ise eğitim kurumu dışına çıkarılması, erbaş ve erlerin askerliklerinin uzamasına sebep olabilecek niteliktedir. Bu hususlarla birlikte özellikle TSK disiplin hukukunda idareye kıyas yetkisinin verilmesi, disipline aykırı fillerin belirlilik ilkesine aykırı düzenlenmesi de dikkate alındığında, yaptırımlara karşı yargısal denetim yolunun kapalı olması keyfiliğe ve takdir yetkisinin kötüye kullanılmasına yol açabilecek nitelikte olup hukuk devleti ilkesine aykırı bir düzenlemedir.

⁷⁴⁶ KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 77; A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetim Hukuku**, Ankara 2008, s. 241. YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s.11; TAŞKIN, s. 177.

⁷⁴⁷ AYM, E. 2012/149, K. 2013/63, K.T. 22.05.2013, RG: 28.12.2013-28865.

b. AYM ve AİHM'in Yaklaşımı

AYM 2007 yılında uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun yasayla kapatılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla önüne gelen davada, uyarma ve kınama cezalarının hafif nitelikte cezalar olduğunu, sadece manevi etkileri bulunduğunu, diğer cezalara göre sicilden kısa sürede silinebileceklerinden bahsettikten sonra, Anayasa m. 129/3'ün 2010 yılındaki değişiklikten önceki halinin uyarma ve kınama cezalarına yargısal denetimi doğrudan kapattığını, yasakoyucunun da Anayasa'nın iradesine uygun bir şekilde DMK m. 135'de düzenleme yaptığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını oyçokluğu ile reddetmiştir⁷⁴⁸. Mahkemeye göre uyarma ve kınama cezalarına karşı yargısal denetimi mümkün kılan yasa hükümleri Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır⁷⁴⁹.

AİHM, 2007 tarihli Karaçay/Türkiye ve 2009 tarihli Kaya ve Seyhan/Türkiye kararlarında uyarma cezasına karşı idari yargı yolunun kapalı olmasını, 2008 tarihli Kayasu/Türkiye kararında HSYK kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını sözleşmenin 13. maddesinin ihlali olarak kabul etmiştir. Karaçay / Türkiye kararında Mahkemeye göre, “(...) *Bundan dolayı başvurana yapılan uyarıya benzer disiplin cezasının verildiği durumlarda etkili başvuru yolunun bulunmaması, olası kötüye kullanımları engelleyecek yada sadece benzeri disiplin tedbirlerinin meşruluğunun denetlenmesini sağlayacak her türlü güvenceden başvurayı mahrum bırakmaktadır.*

⁷⁴⁸ Söz konusu karara yazılan karşı oy yazıları ise dikkat çekicidir. Bir üye (Osman Alifeyyaz Paksüt) DMK'ya tabi olan kamu görevlileri ile diğer kamu görevlileri arasında eşitlik ilkesinin bozulmuş olduğu, iki üye (Mustafa Yıldırım ve Şevket Apalak) Anayasanın bu hükmünün yargı yolunu doğrudan kapatmadığı bu nedenle hak arama özgürlüğünün yasa ile kısıtlanmasının mümkün olmadığı ve yapılan düzenleme ile kamu görevlileri arasında eşitliğin bozulduğu gerekçesi ile, diğer bir üye ise (Zehra Ayla Perktas), Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerinde bu konuya ilişkin bir sınırlama nedenine yer verilmediğinden, hiç bir nedene dayanmadan hak arama özgürlüğüne ve idarenin yargısal denetimine sınırlama getiren ilgili yasal düzenleme Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine de aykırı olduğu gerekçesi ile karara katılmamışlardır.

⁷⁴⁹ “Anayasanın 129. maddesinde yargı denetimi dışında bırakılamayacak disiplin cezalarının belirtilmesi ve uyarma ve kınama cezalarının bu kapsam dışında tutulması, Anayasa koyucunun bu cezaları yargı denetimi dışında bıraktığının bir göstergesini oluşturmaktadır. Yasa koyucunun, Anayasa'nın anılan maddesine aykırı olarak uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu açabilmesi olanaklı değildir. Anayasa'da yasa koyucuya bu konuda bir takdir hakkı tanınmamıştır.” AYM, E. 2002/169, K. 2007/88, K.T. 27.11.2007, RG: 19.01.2008-26792.

Sonuç olarak AİHM, iç hukukta benzeri başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmektedir.”⁷⁵⁰

Aynı şekilde Kayasu / Türkiye kararında ise Mahkeme, Karaçay davasına atıfla, 13’üncü maddenin yargısal makama başvuruyu zorunlu kılmadığı, yetkileri ve sunduğu güvenceler bakımından başkaca bir mercie etkili başvuru yolunun bu hakkı sağlayabileceğinden bahsettikten sonra, *“Bu koşullarda, başvuranın itirazını inceleyen oluşumu itibariyle HSYK’nın tarafsızlığı ciddi biçimde tartışmaya açıktır. Üstelik HSYK iç yönetmeliğinde itirazları inceleme kurulunda görev yapan üyelerin tarafsızlığını güvence altına alacak nitelikte hiçbir tedbir öngörülmemektedir. Netice olarak Hükümet başka türlü bir hükme varmaya imkân tanıyacak nitelikte bilgi ve belge sunmamıştır.”* gerekçesi ile 13’üncü maddede öngörülen asgari koşullara cevap veren bir başvuru yolundan faydalanılamadığı gerekçesi ile ihlal kararı vermiştir⁷⁵¹.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu 29’uncu maddesine göre, askeri hâkimlere Milli Savunma Bakanı tarafından verilen disiplin cezaları kesin olup bu cezalara karşı yargı yoluna gidilememekteydi. Askeri hâkimlere Milli Savunma Bakanının disiplin cezası vermesi ve bu cezanın kesin olup yargısal denetiminin mümkün olamaması somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Mahkeme askeri hâkimlere uyarma ve kınama cezası verme yetkisinin Milli Savunma Bakanında olmasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi kapsamında incelemiştir. *“Bu bağlamda, askerî hâkimlerin meslekte yükselmelerini doğrudan etkileyen disiplin cezalarını verme yetkisinin yürütme organının üyesi olan Milli Savunma Bakanına ait olması, yargılamanın taraflarında askerî hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabilir.”* gerekçesi ile de askeri hâkimlere disiplin cezası verme yetkisinin yürütmenin bir üyesi olan Milli Savunma Bakanına tanınmış olmasını mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırı olduğu için oybirliği ile iptal etmiştir.

⁷⁵⁰ Karaçay/Türkiye Davası, B.N. 6615/03, K.T. 27.03.2007, Kazancı; Kaya ve Seyhan/Türkiye Davası, B.N. 30946/04, K.T. 15.09.2009, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/30946-04.pdf>, E.T. 10.01.2015.

⁷⁵¹ Kayasu/Türkiye Davası, B.N. 64119/00 ve 76292/01, 13.11.2008, http://www.inhak.adalet.gov.tr/antalya/aihm_turkiye/kayasu.pdf, E.T. 23.11.2014.

Mahkeme, Bakan tarafından verilen disiplin cezasının kesin olması ve bu cezalara karşı yargı yoluna gidilemeyecek olmasını ise ilginç bir şekilde adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü (Anayasa m. 36) ile idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olduğunu düzenleyen Anayasa'nın 125'inci maddesi kapsamında değil aynı şekilde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı kapsamında incelemiştir. Oyçokluğu ile alınan kararda Mahkeme, öncelikle Anayasa'nın 129/4'üncü maddesinin disiplin cezalarının yargısal denetimi konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi verdiğini hatırlattıktan sonra, yasa koyucunun askeri hâkimler hakkında bu takdir yetkisini kullanırken mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini de gözetmesi gerektiğini, cezanın Milli Savunma Bakanı tarafından verildiği göz önüne alındığında yürütmenin üyesi olan Bakan tarafından verilen cezanın yargısal denetiminin yapılamamasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ve hâkimlik teminatına aykırı olacağı gerekçesi ile söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir⁷⁵².

AYM, asker kişilere verilecek disiplin cezalarına karşı yargısal denetimi kapatma konusunda takdir yetkisi bulunan yasa koyucunun yapacağı düzenlemenin Anayasa'nın (somut olayda mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi) diğer hükümlerine aykırı olmaması gerektiği anlayışından hareket etmiş, dolayısıyla yargısal denetimi yasaklayan hükmü, cezanın uygulanacağı kişilerin hâkim statüsünde olmaları nedeniyle mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırılıktan dolayı iptal etmiştir. Ancak Mahkeme AİHM'in özellikle Karaçay/Türkiye ve Kayasu/Türkiye davalarında etkili başvuru yolu (hak arama özgürlüğü) açısından verdiği ihlal kararlarını da dikkate alarak Anayasa'nın 13 ve 36'ncı maddesi kapsamında da bir değerlendirme yapması gerekirdi.

⁷⁵² "(...) Dolayısıyla, kanun koyucu askerî hâkimlere verilecek disiplin cezaları hakkında düzenleme yaparken mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini de gözetmesi gerekmektedir.(...) Askerî hâkimler hakkında disiplin cezası verme yetkisinin yürütme organının üyesi olan Milli Savunma Bakanına ait olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu cezalara karşı yargı yolunun kapalı olması, hâkimin yürütme organına karşı kendisini güvencesiz hissetmesine neden olabileceği gibi yargılamanın taraflarında da askerî hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabilir. Yargılama aşamasında böyle bir güvensizliğin ve şüphenin ortaya çıkma olasılığı da askerî hâkimler hakkında yürütme organının üyesi olan Milli Savunma Bakanı tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olmasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı kılmaktadır." AYM, E. 2013/82, K. 2014/100, K.T. 04.06.2014, RG: 17.09.2014-29122.

Mahkemenin verdiği bu karara 5 üye tarafından yazılan karşı oy ile 2 üye tarafından yazılan farklı gerekçe üzerinde durulmaya değer görüşler içermektedir. Karşı oy yazısı, Anayasa m. 129/4'ün yasa koyucuya takdir yetkisi verdiğini, yasa koyucunun bu takdir yetkisini istediği yönde kullanabileceği, askeri hâkimlere verilecek disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olması genel anlamda hukuk devleti ilkesi, özeldede hâkimlik teminatı ve hak arama hürriyetiyle bağdaşmadığı söylenebilirse de Anayasa m. 129/4'ün bu şekilde bir düzenleme yapmaya imkân tanıdığı, dolayısıyla Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi ve üstünlük sıralaması bulunmadığı için de yapılan düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığını belirtmişlerdir⁷⁵³. Ancak Anayasanın yasama organına bazı alanlarda tanıdığı takdir yetkisinin sınırsız olduğunu savunmak ve yapılacak düzenlemelerin Anayasa'nın diğer ilke ve kurallarına aykırı olabileceğini söylemek hukuk devleti ilkesine oldukça uzak bir düşüncedir. Anayasa'nın yasa koyucuya takdir yetkisi verdiği bir alanda yasa koyucunun Anayasa'nın diğer ilke ve kurallarına uymak zorunda olması Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi kurmak anlamına gelmez. Anayasa'nın 129/4'üncü maddesi ile tanınan takdir yetkisine dayanılarak diğer bütün Anayasa hükümlerine aykırı düzenleme yapılabileceğini kabul etmek mümkün değildir⁷⁵⁴.

Farklı gerekçe yazan iki üyeye göre ise, disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yasağı hâkimlik teminatı açısından incelenebilirse de, aslında Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları açısından incelenmesi gerekmektedir. Anayasa m. 129/3 ile disiplin cezalarına karşı kişilerin yargısal yolla korunmalarının zorunlu olduğu, 129/4'deki istisna ile sadece TSK açısından korunmanın yargısal yolla değil başka yollarla sağlanabileceği anlamına geldiği, dolayısıyla HSYK örneğinde olduğu gibi, disiplin cezaları açısından yargı denetimi dışında başkaca

⁷⁵³ Üyeler: Haşim KILIÇ, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ.

⁷⁵⁴ Karşı oy yazısında ifade edilen düşünce kabul edilecek olursa: Örneğin, Anayasa m. 36 ile idarenin hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması yasaklanmış, ancak bu konuda TSK'nın iç düzeni açısından kanunla yapılmak üzere bir istisna getirilmiştir. Bu istisna üzerine, yasa koyucunun yapacağı bir kanunla disiplin amirine ömür boyu oda hapsi cezası verebilme yetkisinin tanınmasını Anayasa'ya uygun kabul etmek gerekecektir. Çünkü karşı oy yazısında ifade edilen anlayışa göre, Anayasa bu konuda yasa koyucuya takdir yetkisi vermiştir. Yasa koyucu bu yetkisini istediği yönde kullanabilir. Bu konuda Anayasa'nın diğer hükümlerine uygunluk denetimi yapmak Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi yaratmak anlamına gelir ki, Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi yoktur. Fakat bu şekilde bir görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

etkili başvuru yolunun getirilmesinin zorunlu olduğu, uygulamada ise askeri hâkimlere verilen cezalara karşı herhangi bir denetim yolu getirilmediği için hükmün Anayasa'nın 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi gerektiği kanaatindedirler⁷⁵⁵. Anayasa m. 129/4 ile getirilen istisnanın sadece 3'üncü fıkradaki “yargısal denetim” yoluna ilişkin olduğu görüşünün AİHS ve AİHM içtihatlarına da uygun olduğu ve dolayısıyla disiplin hukukunda ciddi anlamda savunulabilir nitelikte olduğu kanaatindeyiz⁷⁵⁶. Nitekim AİHM’de etkin mercie başvuru yolu (m. 13) konusunda şekli değil maddi bir ölçüt kullanmakta, yeteri kadar bağımsız ve tarafsız faaliyet gösterebilecek nitelikte bir makam olması şartıyla idari yaptırımlara karşı gidilebilecek başvuru merciinin mutlaka “mahkeme” statüsünde olmasını zorunlu görmemektedir⁷⁵⁷.

Ancak farklı gerekçe yazısında da değinilen HSYK örneğinde, kurul üyelerinin çoğunluğunun hâkimlik teminatı esaslarına göre çalışmaları ve askeri hâkimler açısından da hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatı esaslarına göre görev yapan bir iç denetim mekanizmasının kurulabileceği mümkün ise de, bütün TSK personeli için disiplin cezalarının hukuka uygunluklarını inceleyecek, hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatı esaslarına göre görev yapacak bir iç denetim mekanizmasının kurulması oldukça zor ve AYİM’in kurulma amacı da dikkate alındığında gereksiz gözükmektedir. Bu nedenle Anayasa m. 129/3 ve 4 açısından TSK personelinin korunması amacıyla denetimin yargısal makamlarca yapılması zorunlu gözükmektedir.

⁷⁵⁵ Üyeler: Erdal TERCAN, Hasan Tahsin GÖKCAN.

⁷⁵⁶ Aynı düşüncüyü barındıran benzer bir görüş 657 sayılı Yasaya tabi kamu görevlileri hakkında 2010 Anayasa değişikliği öncesindeki hukuki durum için de savunulmuştur. ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, Bölge İdare Mahkemesi; AKYILDIZ, s. 45; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 321.

⁷⁵⁷ ULUSOY, s. 29. AİHS m. 13’de genel bir deyimle “ulusal bir makama” başvurudan söz edildiği, bu makamın zarureten yargısal nitelikte olmasının gerekmediği hakkındaki AİHM kararları için bkz: GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 393.

B. YARGISAL DENETİM YASAĞINI AŞMA YÖNTEMLERİ

1. AYİM ve Danıştay'ın Yokluk Denetimi Yoluyla Yargısal Denetim Yasağını Aşması

Hukuka aykırı idari işleme uygulanabilecek iptal müeyyidesinin yanında bir diğer müeyyide biçimi ise “yokluk”tur. İlk olarak medeni hukuk alanında, evlenme akdi hususunda ileri sürülen “yokluk”⁷⁵⁸, bazı ağır nitelikteki aykırılıkların işlemin geçerliliğini değil kendisini ortadan kaldırdığı tezinden hareketle ortaya çıkmış⁷⁵⁹, idare hukuku alanında öğretici tarafından geliştirilmiş, içtihatlarla yerleşmiş, medeni hukuktan farklı olarak dayanağını kanundan almayan tamamen soyut ve sübjektif nitelikte bir müeyyide olarak (hukuka aykırılık derecelendirmesi yapılarak) uygulanmaktadır.⁷⁶⁰

Yokluk, işlemin madden var olmaması (maddi yokluk)⁷⁶¹ ve işlemin varlık şartlarının ağır ve açık hukuka aykırı olması⁷⁶² (yok hükmünde sayma) şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁷⁶³. Maddi yokluk idari işlemin mevcut olmaması, yani idari işlemi oluşturan irade açıklamasının ya hiç açıklanmamış olması ya da açıklanan iradenin idareye izafe edilmesinin mümkün olmaması halinde ortaya çıkmaktadır. Gözler’e göre bu işlemler ise hayali işlemler ve yetki gaspıyla yapılan işlemlerdir⁷⁶⁴.

Danıştay ve AYİM disiplin cezalarına ilişkin uygulamalarında yokluk teorisini oldukça geniş uygulamakta, iptal müeyyidesini gerektiren klasik hukuka aykırılıklar nedeniyle disiplin cezasını yok hükmünde sayarak iptal etmektedir. Ancak yokluk halinin idari işlemin hangi unsurlarında bulunacağına ilişkin öğretide

⁷⁵⁸ Ragıp SARICA, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, Ebül’ula Mardin’e Armağan, Kenan Matbaası, 1944, s. 1191.

⁷⁵⁹ Celal ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, S: 1-3, Y. 9, İstanbul, 1988, s. 69.

⁷⁶⁰ ERKUT, Yokluk, s. 69; D7D., E. 2009/5247, K. 2011/1460, K.T. 12.05.2011, Kazancı.

⁷⁶¹ AYİM, 3.D., E. 2006/155, K. 2006/1139, K.T. 12.10.2006, Kazancı; “Ortada mevcut bulunmayan ve yazılı bir tebligata da konu teşkil etmeyen ve bu nedenle yok sayılması gereken işlem aleyhine dava açılması mümkün (değildir)” DİDDK, E. 1966/564, K. 1970/335, K.T. 15.5.1970, AİD, C.4, S.1, Mart 1971, s. 190-191.

⁷⁶² “İdare hukukunda, kurucu öğelerinde derhal fark edilebilir nitelikte ağır ve açık sakatlıkları bulunan işlemler, “yok hükmünde” olan işlemler olarak tanımlanmaktadır. (...) bir idari işlemin asli öğelerinde eksiklik varsa, bu durum işlemin “yok” sayılmasına neden olur.” DİDDK, E. 2007/265, K. 2007/1819, K.T. 04.10.2007, Kazancı.

⁷⁶³ İŞIKLAR, s. 805; AYİM, 3.D., E. 2003/151, K. 2004/159, K.T. 28.01.2004, Kazancı.

⁷⁶⁴ GÖZLER, 2013, s. 373.

ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamakta, yokluk teorisi bu haliyle subjektif kıstaslara dayanmaktadır. Onar, yokluk halinin idari işlemin yetki ve şekil unsurunda kolayca görülebileceğini, sebep ve konu unsurunda ise nadiren de olsa ortaya çıkabileceğini savunmaktadır⁷⁶⁵. Erkut, yokluk halinin işlemin kurucu unsurlarından olan yetki unsurunda ve işlemin idare hukuku ilkelerinin veya kanunun açıkça yasakladığı bir konuda yapılması ve böyle bir işlemin temel hak ve özgürlüklerin kullanımını engelleyici nitelikte olması halinde konu unsuru bakımından mümkün olabileceğini, şekil, sebep ve maksat unsurlarında teorinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir⁷⁶⁶. Sarıcaya göre ise, yokluk maksat unsuru dâhil idari işlemin bütün unsurlarında ortaya çıkabilecek niteliktedir⁷⁶⁷.

AYİM'e göre, yetki gaspı, fonksiyon gaspı ve kanuna ve hukuka açık aykırılık hallerinde⁷⁶⁸ yokluk söz konusu olabileceği gibi, zamanaşımı⁷⁶⁹, yetki tecavüzü⁷⁷⁰, savunma hakkı⁷⁷¹ ile birlikte sebep⁷⁷², konu ve maksat unsurlarında da yokluk hali oluşabilecektir⁷⁷³. Bu kapsamda, disiplin yaptırımlarında AYİM yokluk

⁷⁶⁵ Siddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, İstanbul, 1966, s. 334-335.

⁷⁶⁶ ERKUT, Yokluk, s. 74-75.

⁷⁶⁷ SARICA, s. 1193-1194.

⁷⁶⁸ AYİM, 1.D., E. 1997/147, K. 1999/200, AYİMD, S. 12; *"Bir idari işlem, açıkça yasaya aykırı veya idarenin hiç yapamayacağı işlemlerden ise, yok hükmünde bir idari işlem den söz ediliyor demektir."* D10D., E. 1995/397, K. 1997/1911, K.T. 20.05.1997, Kazancı.

⁷⁶⁹ AYİM, 2.D., E. 1999/804, K. 2000/454, K.T. 12.04.2000, AYİMD, S. 15, s. 1047.

⁷⁷⁰ AYİM Daireler Kurulu, E. 1997/70, K. 1997/132, K.T. 11.12.1997, AYİMD, S. 12, s. 143-144.

⁷⁷¹ AYİM, 3.D., E. 2004/677, K. 2005/505, K.T. 07.04.2005; AYİM, 3.D., E. 2003/151, K. 2004/159, K.T. 28.01.2004, Kazancı; AYİM, 2.D., E. 2010/88, K. 2010/872, K.T. 07.07.2010, Kazancı; Savunma hakkı tanınmamasının işlemi usul bakımından sakatlayan ve iptal edilmesi sonucunu doğuran bir hukuka aykırılık olduğu, yokluk müeyyidesini gerektirmediği hakkında bkz: AYİM, 3.D., E. 2006/1100, K. 2007/756, K.T. 03.05.2007; AYİM, 3.D., E. 2007/367, K. 2008/691, K.T. 07.05.2008 (Nakleden: IŞIKLAR, s. 832).

⁷⁷² AYİM, 3.D., E. 2004/1606, K. 2004/1837, K.T. 23.12.2004, Kazancı; *"... davacı tarafından işlenmemiş bir disiplin suçuna ve cezaya esas teşkil eden bir fiile ilişkin ... üç gün oda hapsi cezasının sebep unsuru yönünden yoklukla malul olduğu"* AYİM, 3.D., E. 2004/1606, K. 2004/1837, K.T. 23.12.2004, AYİMD, S. 20; *"Kendisine yazılı bir tebligat yapılmadığı halde alarm tatbikatına katılmadığı gerekçesiyle davacı, söz konusu idari işlemin varlık koşullarının bulunmayışı nedeniyle yoklukla malul hale geldiğinden, bu durumun tespiti ile yetinilmesi gerekir."* AYİM Daireler Kurulu, E. 1997/84, K. 1997/62, K. T. 03.07.1997, Kazancı.

⁷⁷³ IŞIKLAR, s. 809; *"Bütün bu değerlendirmeler sonucu Kurulumuz davamızdaki önemi açısından "sebe"p" unsurunda yokluk "yok sayılma" halinin uygulanıp uygulanamayacağını çok yönlü değerlendirmiş ve nadiren de olsa sebep unsurundaki derhal fark edilebilir nitelikte ve idari işlemin kimliğini dahi kaybettirecek derecede ağır, açık ve bariz sakatlıkların işlemi sebep unsuru yönünden yoklukla malul bırakabileceği sonucuna ulaşmıştır."* AYİM. Daireler Kurulu, E. 2003/56, K. 2004/19, K.T. 16.01.2004, Kazancı; Aynı yönde bkz: AYİM Daireler Kurulu, E. 1997/84, K. 1997/62,

müeyyidesini oldukça geniş uygulamaktadır. Danıştay içtihatlarında her ne kadar yokluk halinin bir işlemin esaslı unsurlarından birinin olmaması, yani yetki gaspı, fonksiyon gaspı ve ağır ve bariz yetki tecavüzü hallerinde ortaya çıkabileceği ifade edilmiş olsa da⁷⁷⁴, uygulamada Danıştay'ın yetki tecavüzü⁷⁷⁵, savunma hakkı⁷⁷⁶, zamanaşımı⁷⁷⁷ konularında da yokluk halinin oluşacağına ilişkin kararları bulunmaktadır.

İptal müeyyidesi iptal davasının açılacağı yer ve süre gibi oldukça sıkı kurallara tabi kılınmıştır. Ancak yokluk müeyyidesinde, iptal davasında geçerli olan kurallara bağlı olmaksızın işlemin doğurduğu sonuçlar ortadan kaldırılabilir. Bu kapsamda, yok hükmünde olan işlemlere ilgililerinin uymasının zorunlu olmadığı⁷⁷⁸, işlemin yoklukla malul olduğunun tespiti için kural olarak dava açılmasının zorunlu olmadığı⁷⁷⁹, işlemin yoklukla malul olduğunun herkes ve her makam tarafından⁷⁸⁰, süreye bağlı olmaksızın⁷⁸¹, adli veya idari mahkemelerde ileri

K.T. 03.07.1997; AYİM., 1.D., E.1989/55, K.1989/247, K.T. 09.05.1989, AYİMD, S. 7, Kitap 2, Ankara, 1993, s. 541-544; AYİM., 2.D., E.1994/822, K.1994/1743, K.T. 07.12.1994, AYİMD, S. 9, Ankara, 1995, s. 114-118.

⁷⁷⁴ D7D., E. 2009/5247, K. 2011/1460, K.T. 12.05.2011; DİDDK, E. 2007/265, K. 2007/1819, K.T. 04.10.2007, Kazancı.

⁷⁷⁵ D8D, E. 1995/3916, K. 1997/4112, K.T. 22.12.1997, Kazancı.

⁷⁷⁶ "Anayasada teminat altına alınmış savunma hakkı kullanılmadan verilen kınama cezasının, sadece bu açıdan incelenerek karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince davanın incelenmeksizin reddedilmesinde isabet görülmemiştir." D8D, E. 95/2936, K. 97/3826, K.T. 09.12.1997, (Nakleden: KAYA, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 77).

⁷⁷⁷ D8D., E. 1998/1220, K. 1999/5359, K.T. 21.10.1999, Kazancı.

⁷⁷⁸ ONAR, C. I, 1966, s. 330; "Örneğin, yargı yetkisini kullanan merci, bir yasama tasarrufunda bulunmuşsa, böyle bir işlem yok sayılır ve hiç bir kimsenin, bu tasarrufun koyduğu kurallara uyması veya bu kurallar çerçevesinde hak kazanabilmesi beklenemez." AYİM, E. 1970/40, K. 1971/73, K.T. 19.10.1971; Bu hususun sadece teoride olduğu uygulamada böyle bir şeyin mümkün olamayacağı, ilgililerin işlemin yok hükmünde mi yoksa iptal edilebilir nitelikte mi olduklarını belirleme yetenek ve yeterliliğine sahip olmadıkları bu görüşün ilgilileri tehlikeli hukuksal durumlarla karşı karşıya getirebileceği hakkında bkz: ERKUT, Yokluk, s. 85.

⁷⁷⁹ Yoklukla malul işlemlere karşı ilgilileri tarafından işlemin uygulanmasını önlemek için mutlaka dava açılması gerektiği hakkında bkz: ERKUT, Yokluk, s. 85; Aynı yönde bkz: IŞIKLAR, s. 858.

⁷⁸⁰ Yokluk halinde iptal davasına özgü olan yasal, güncel ve kişisel menfaatin var olması şartının aranmayacağına ilişkin bkz: SARICA, s. 1213; Dava açma hakkının herkese değil menfaati olanlara ait olduğu, ancak menfaat şartının iptal davasındakine göre dar değil daha geniş ele alınması (muhtemel etki) gerektiğine ilişkin, IŞIKLAR, s. 866; Menfaat şartının aranacağı dolayısıyla herkesin dava açma hakkının bulunmadığına ilişkin bkz: GÖZLER, C. I, 2009, s. 1022.

⁷⁸¹ Sabri TANDOĞAN, **Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk**, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I, Ankara 1976, Danıştay Yayınları, s. 110; "Bu tür işlemlere karşı açılacak davalarda süre aşımı bulunmamakta ve yargı yeri işlemin yok hükmünde olduğunun tespitine karar vermektedir." D10D., E. 2001/4040, K. 2005/181, K.T. 02.02.2005, Kazancı. "AYİM Kanununun 40/1inci maddesi uyarınca işlemin tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde dava açılması gerekirken, (işlemin yoklukla malul olmasını gereklerin bir olgu da bulunmadığından) bu süre geçirildikten sonra açılan özlük

sürülebileceği⁷⁸², yoklukla malul işlemlerin bireylere hak kazandırmayacağı⁷⁸³, kamu düzenine ilişkin olduğu ve mahkemelerce re'sen dikkate alınacağı⁷⁸⁴, idari işlemin geri alınmasına ilişkin şartlara bağlı olmaksızın idare tarafından her zaman geri alınabileceği⁷⁸⁵ sonuçlarını doğurduğu savunulmaktadır⁷⁸⁶.

Konumuz açısından ele alınması gereken husus yargı denetimi yasağının yok hükmünde olan işlemlerde de uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. AYİM'e göre davaya konu idari işlem hakkında yargısal denetim yasağı bulunsa bile yokluk haliyle sınırlı denetim yapılması mümkündür⁷⁸⁷.

6413 sayılı TSK D.K.'dan önce asker kişilere uygulanan tüm disiplin yaptırımları yargısal denetim yasağı kapsamındaydı. Kanun ile aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve ayırma yaptırımları yargı denetimine açılmış, bunlar dışındaki tüm yaptırımlar yargısal denetim yasağı kapsamında bırakılmıştır. AYİM yargısal denetim yasağı kapsamındaki disiplin yaptırımlarına karşı yok hükmünde oldukları gerekçesiyle açılan davalarının bir kısmını ilk inceleme aşamasında reddederken bir kısmını da esas aşamasında inceleme kabiliyeti bulunmadığından (basit hukuka aykırılık bulunduğu) reddetmekte, bunlardan ağır ve bariz sakatlık

haklarına ilişkin davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermek gerekmiştir." AYİM, 1.D., E. 2010/1957, K. 2010/1959, K.T. 23.12.2010, Kazancı.

⁷⁸² SARICA, s. 1195-1196; GÖZLER, C. I, 2003, s. 1010-1011; Erkut'a göre, yokluk müeyyidesinin idare hukukunda özel hukuktan farklı esas ve uygulama alanına sahip olmasından dolayı, işlemin yoklukla malul olup olmadığını sadece idari yargı yerleri yetkilidir. ERKUT, Yokluk, s. 89; İşlemin yok hükmünde olduğuna ilişkin açılan davaların idari yargıda ve iptal davası formatında görülmesi gerektiğine ilişkin bkz: ; İŞIKLAR, s. 859, GÖZLER, C. I, 2003, s. 1028.

⁷⁸³ "... kazanılmış hak doğursa ya da müesses durum oluştursa dahi (hukuki) yoklukla sakat işlem de her zaman geri alınabilir." İŞIKLAR, s. 863.

⁷⁸⁴ GÖZLER, C. I, 2003, s. 1022; İŞIKLAR, s. 863.

⁷⁸⁵ AYİM, 3.D., E. 2004/677, K. 2005/505, K.T. 7.4.2005, Kazancı; "İdarenin, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde, süre aranmaksızın kanunsuz terfi veya intibaka dayanarak ödediği meblağı her zaman geri alabileceğine" DİBGK, E. 1968/8, K. 1973/14, K.T. 22.12.1973, Kazancı; ERKUT, Yokluk, s. 87; GÖZLER, C. I, 2009, s. 1021.

⁷⁸⁶ ONAR, C. I, 1966, s. 330; "Yoklukla malûl bir idari işlemin yargısal denetimi, iptal davasından farklı özellikler gösterir. Bu bağlamda yokluk hali, kamu düzenine ilişkin olması hasebiyle re'sen dikkate alınması gerektiğinden dava açma süresine bağlı olmama, idarece her zaman geri alınabilme gibi sonuçlar doğurur. Bunu paralel olarak, iptal davasının tabi olduğu hukuki rejimin dışında, aksine bir düzenleme bulunsa bile yargısal denetimi mümkündür." AYİM, 3.D., E. 2004/677, K. 2005/505, K.T. 07.04.2005, Kazancı.

⁷⁸⁷ AYİM, 3.D., E. 2013/2295, K. 2013/1014, K.T. 18.09.2013; AYİM, 3.D., E. 2013/2448, K. 2013/1009, K.T. 18.09.2013, Yayımlanmamıştır; AYİM, 3. D., E. 2013/1024, K. 2013/1036, K.T. 05.09.2013, AYİMD, S. 29, Y. 2014, s. 470 vd.

taşıyanları esastan inceleyerek yokluk hali tespit edip iptal etmektedir⁷⁸⁸. Nihai işlemin yargısal denetiminin mümkün olduğu durumlarda ise (örneğin disiplin ceza puanına bağlı verilen ayırma cezalarında) nihai işleme dayanak teşkil eden disiplin yaptırımlarını esastan incelemekte, bunlardan ağır ve açık hukuka aykırılık taşıyan işlemleri yok hükmünde olduğu gerekçesi ile iptal edip buna bağlı olarak da nihai işlemi de iptal etmektedir⁷⁸⁹.

2010 Anayasa değişikliğinden önce 657 sayılı Kanunla yargısal denetime kapatılmış olan uyarma ve kınama disiplin cezaları hakkında Danıştay, yargısal denetim yasağına rağmen savunma hakkının tanınmış olup olmadığının yanında bu cezaların usulüne uygun verilip verilmediğini de denetlemekteydi.⁷⁹⁰ Danıştay’a göre yargısal denetime kapalı olan bir disiplin cezasının bu gerekçe ile reddedilebilmesi için öncelikle ortada usulüne uygun verilmiş olan bir cezanın bulunması gerekir. Bu gerekçe ile Danıştay yargısal denetim yasağını aşmış ve ilk derece mahkemelerince incelenmeksizin verilen ret kararlarını bozmuştur⁷⁹¹. Dolayısıyla Danıştay yargısal denetime kapalı olan disiplin cezasını bir bakıma “dış unsurlar yönünden” denetlemekte, şekil ve yetki unsurunda sakatlık bulunması halinde ise iptal etmektedir. Ancak her ne kadar açıkça ifade edilmese de, Danıştay tarafından getirilen bu uygulama biçiminin AYİM uygulamasında olduğu gibi bir tür yokluk denetimi olduğu kanaatindeyiz.

Yokluk teorisinin AYİM’in uyguladığı şekliyle bu denli geniş ele alındığı durumlarda, yok hükmünde saymayı gerektirecek bir sakatlığın bulunup

⁷⁸⁸ IŞIKLAR, s. 868.

⁷⁸⁹ “Anayasanın 129/4 ve 1602 sayılı AYİM Kanunun 21/3 ncü maddesine göre disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezaların yargı denetimi dışında olduğu belirtilmişse de; bu durum disiplin cezalarına dayanılarak tesis edilen idari işlemlerin yargısal denetimi sırasında bu disiplin cezalarının yokluk ile sakat olup olmadıkları ile sınırlı olmak üzere yargısal denetime tabi tutulmasına engel değildir.” AYİM, 1.D., E. 2003/886, K. 2004/318, K.T. 09.03.2004; AYİM, 1.D., E. 2002/1274, K. 2002/1694, K.T. 17.12.2002, Kazancı; AYİM, E. 1996/903, K. 1997/89, K.T. 19.02.1997, Kazancı. AYİM, E. 1996/903, K. 1997/89, K.T. 19.02.1997, Kazancı.

⁷⁹⁰ AKYILMAZ, s. 14; KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 329; “Anayasanın 129. maddesi ile 657 sayılı Yasanın 135. ve 136. maddeleri uyarınca uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulamayacağı genel kural olmakla birlikte usulüne uygun olarak tesis edilmemiş olan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimine tabi tutulacağı açıktır.” D8D, E. 1995/3916, K. 1997/4112, K.T. 22.12.1997, DBM.

⁷⁹¹ “Ancak, usulüne uygun olarak disiplin cezası verildiğinin tespit edilmesi durumunda yargı yolunun açık olup olmadığı tartışılabilir. Bu yönüyle, davanın incelenmeksizin reddine ilişkin ilk derece mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.” D8D, E. 1998/1220, K. 1999/5359, K.T. 21.10.1999, (Nakleden: KAPLAN, Hukuk Devleti, s. 330).

bulunmadığının tespiti için işlemin unsurları yönünden bir denetim yapılması da zorunludur. Zira işlemin unsurları denetlenmeden yokluk halinin tespiti mümkün değildir. Bu durum ise yapılan denetimin hukukilik denetimi olduğunu ortaya koymaktadır. AYİM ilk inceleme aşamasında reddedilmeden önüne gelen davalarda yok hükmünde saymayı gerektirmeyecek derecede sakatlık tespit edememesi halinde bu basit sakatlıklara işaret ederek, talebi incelenmeksizin reddetmekte, bir bakıma hukukilik denetimi yapmaktadır. Nitekim Danıştay'da, ilk inceleme aşamasında yasama kısıntısından dolayı davanın reddedilebilmesi için, usulüne göre verilmiş bir disiplin cezasının varlığının gerektiğinden bahsetmesi, bu nedenle ilk inceleme aşamasında davanın reddedilmesi halinde ilk derece mahkemesi kararlarını bozması, bir bakıma AYİM uygulamasında olduğu gibi yokluk denetimi adı altında bir hukuka uygunluk denetimidir⁷⁹².

İdari işlemde yok hükmünde sayılmayı gerektirecek bir sakatlığın bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için, söz konusu işlemin unsurlarının denetlenmesi gerekir. Bu kapsamda yapılacak denetim bir tür hukukilik denetimidir⁷⁹³. Ancak bu denetime Anayasa'nın 129'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasına dayanılarak 1602 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi ile yasak getirildiğinden, yargısal denetim yasağının yokluk teorisi kullanılarak aşılması mümkün gözükmemektedir.

Danıştay ve AYİM uygulamasında, disiplin cezaları konusunda yokluk hali olarak sayılan birçok durum (zamanaşımı, savunma hakkı vb.) iptal müeyyidesini gerektiren sakatlıklardır⁷⁹⁴. Nitekim yokluk teorisi, idare hukuku açısından, Erkut'un deyişiyle “*bir hukukçu fantazisi*”⁷⁹⁵ olarak görülme de, hukuka aykırılıkları derecelendirerek temelde sübjektif kıstaslara dayanan, yasal temelinin bulunmamasının yanında yargı kararları ve öğretide de üzerinde uzlaşma sağlanamayan yokluk teorisinin disiplin hukukunda bu denli geniş ele alınarak yargısal denetim yasağını aşma yolu olarak kullanılması idare hukukunun ilke ve kurallarına aykırı olduğu gibi hukuk devleti ilkesine de uygun değildir. Bu uygulama

⁷⁹² IŞIKLAR, s. 870-871.

⁷⁹³ GÖZLER, C. I, 2003, s. 1035-1039.

⁷⁹⁴ GÖZLER, C. I, 2009, s. 1039.

⁷⁹⁵ ERKUT, Yokluk, s. 69.

bazı yazarlarca, “idarenin bile yok sayması gereken bir durumun yargısal denetim yasağı kapsamında kabulü ve yargısal denetiminin yapılamayışı, hem hak arama hürriyeti hem de hukuk mantığıyla bağdaşmayacağı” gerekçesi ile savunulsa da⁷⁹⁶ yokluk teorisi idare hukukunda kurumsallaşan ve objektif kıstaslara bağlanan iptal yaptırımı karşısında oldukça dar kalıplara sığdırılmalı, yasama kısıntısı karşısında yargısal denetim yasağını aşma aracı olarak kullanılmamalıdır.

2. Anayasanın 90. Maddesi İle Yargısal Denetim Yasağının Aşılması

7.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7. maddesiyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesi eklenmek suretiyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletler arası andlaşma hükümlerine Anayasa dışındaki diğer mevzuat karşısında bir çeşit uygulama önceliği getirilmiştir. Usulüne göre taraf olunan ve temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bir milletlerarası andlaşma hükmü ile bir kanunun farklı hükümler içermesi (çatışması) halinde kanunun uygulaması ihmal edilecek, milletlerarası andlaşmanın ilgili hükmü uygulanacaktır⁷⁹⁷. Bu nedenle Anayasanın 90’ıncı maddesi ile yaratılan bu hukuki durum karşısında, iç hukukta yargısal denetime kapatılan disiplin yaptırımlarına karşı yargı yolunu açan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşmanın bulunması halinde, bu cezalara karşı yargı yolunun açılıp açılmadığının tartışılması gerekir⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ IŞIKLAR, s. 870.

⁷⁹⁷ Nitekim DİDDK, AY. m. 90 ile getirilen bu hükmü dikkate alarak, greve katılan kamu görevlisine disiplin cezası verilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkemeye göre AİHS madde 11’de düzenlenen dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hakkını kullanan kamu görevlisine AY. m. 90 ile getirilen düzenleme dikkate alındığında disiplin cezası verilemez. DİDDK, E. 2009/63, K. 2013/1998, K.T. 22.05.2013.

⁷⁹⁸ Konu hakkında bkz: Cengiz GÜL/Fatih BİRTEK, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, Erciyes ÜHFD, S. 1-2, C. II, Y. 2007; Mehmet ALTUNDİŞ, “Anayasa’nın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yolu Açılabilir mi?”, Yasama Dergisi, S. 2, Y. 2006.

a. Adil Yargılanmaya İlişkin Kuralların Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği

1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından

Adil yargılanma hakkı hukuk devletinin temel unsurlarından birisidir. Evrensel bir adalet standardının oluşturulması amacıyla AIHS m. 6'da düzenlenen bu hak, hukukun üstünlüğünün⁷⁹⁹ ve sonuç olarak insan haklarının korunmasının temel şartıdır⁸⁰⁰.

Konumuz açısından temel sorun, madde metninde açıkça yer almasa da AIHS m. 6/1 mahkemeye ulaşma hakkını korumakta mıdır? Golder/Birleşik Krallık davasında⁸⁰¹ bu soruya cevap arayan AIHM, sözleşmenin 6'ncı maddesini geniş yorumlayarak, tarafların sözleşmenin 6/1'inci maddesince tanınan haklardan yararlanması için bu hakkın “ön koşulu”, “kurucu ögesi” olan mahkemeye başvurma hakkının da zımnen 6/1'inci maddede koruma altına alındığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁰². Mahkemeye göre, dava yoksa adil, açık ve gecikmeksizin yapılacak bir yargılamadan söz etmek mümkün değildir. Buna göre mahkeme önünde hak arama özgürlüğünün fiilen veya hukuken kullanılmasının (geçici de olsa) sınırlandırılması 6'ncı madde hükmünün ihlali anlamına gelecektir⁸⁰³.

AIHS m. 6/1'de herkesin, “*gerek medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda, gerekse cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar karşısında*” Sözleşme’de tanımlanan güvencelere sahip oldukları belirtilmiştir. Maddede anılan güvencelerin uygulanacakları alanlar arasında, yargı yerlerine erişme, öncelik taşımaktadır⁸⁰⁴. Adil yargılanma hakkına saygının ilk koşulu, bir uyuşmazlık söz

⁷⁹⁹ Golder/İngiltere Davası, B.N. 4451/70, K.T. 21.02.1975, Parag. 34-35.

⁸⁰⁰ Safa REİSOĞLU, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.103.

⁸⁰¹ Golder/Birleşik Krallık Davası, B.N. 4451/70, K.T. 21.02.1975, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=19>, E.T. 23.05.2014.

⁸⁰² GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 276-277.

⁸⁰³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 277.

⁸⁰⁴ Güney DİNÇ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hak Arama Özgürlüğü ve Başvuru Yöntemleri**, <http://www.guneydinc.net/upload/tmp/1339224340.pdf>, E.T. 22.05.2014, s. 1. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda,

konusu olduğunda taraflara bir yargı yoluna başvurma hakkının sağlanmış olmasıdır⁸⁰⁵. AYM de verdiği kararlarında, “*Anayasa’nın 36’ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar.*” gerekçesi ile mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla Anayasa’nın 36’ncı maddesi kapsamında kabul etmektedir⁸⁰⁶.

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14’üncü maddesini model alan AİHS m. 6, BM MSHS sözleşmesinin 14’üncü maddesinin Fransızca metinde aynen, İngilizce metinde ise “haklar ve ödevler” kelimesinin başına “medeni” sıfatı getirilerek AİHS’in 6’ncı maddesine aktarılmış halidir⁸⁰⁷. Bu nedenle AİHS m. 6, ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülükler olmak üzere iki temel alanla sınırlıdır. Ancak Mahkeme “medeni hak” ve “suçlama” deyimlerini işlevsel (maddi) kriteri esas almak suretiyle geniş şekilde yorumlamakta, birçok kamu hukuku uyuşmazlığını otonom kavramlar doktrini uyarınca medeni haklara ilişkin kabul ederek madde kapsamına sokmaktadır.

Kural olarak disiplin yaptırımları 6’ncı madde kapsamında kabul edilmemektedir. Bunu nedeni ise disiplin yaptırımlarının genel ve herkese uygulanan yaptırımlar olmayıp belli bir kurum içerisinde bulunan, belli statüye sahip kişilere uygulanmasıdır. Bir meslek ya da hizmetin saygınlığı ve bu mesleğin işleyiş kurallarının ihlali gerekçesi kural olarak doğrudan sözleşme kapsamına girmemektedir⁸⁰⁸.

Anayasa’nın 90’ncı maddesi kullanılarak yargısal denetim yasağı getiren yasa kurallarının ihmal edilip disiplin yaptırımlarına karşı yargısal denetim yolunun açılması için disiplin yaptırımlarının AİHS madde 6 kapsamına alınması gerekir.

9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.”, AYM, E. 2001/5, K. 2002/42, K.T. 28.03.2002, RG. 05.09.2002-24867.

⁸⁰⁵ Durmuş TEZCAN, “**Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Açısından Büyük Dairenin Pellegrin ve Eskelinen ve Diğerleri Kararları Işığında**”, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 1, Aralık 2009, s. 93; KULAK, Yargısal Denetim, s. 150-151.

⁸⁰⁶ AYM, E. 2014/76, K. 2014/142, K.T. 11.09.2014, RG: 04.03.2015.

⁸⁰⁷ Kerem ALTIPARMAK, “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı**”, AÜSBFD, C.53, S.1-4, Ankara 1998, s. 8.

⁸⁰⁸ SANCAKDAR, Devlet Memuriyetinden Çıkarma, s. 354.

Etkili başvuru hakkını düzenleyen 13'üncü madde yargısal denetim yasağını aşma imkânını sağlamayabilir. Çünkü etkili başvuru hakkı AİHS kapsamında korunan bir hak ya da özgürlüğün ihlali iddiasının (sözleşme kapsamında savunulabilir bir şikâyetin) önce ulusal merciler önünde incelenip düzeltilmesi ve daha sonra ikincil yetkiye sahip olan Sözleşme organları önüne getirilmesini kapsar. Ayrıca “ulusal bir makama” başvurunun yargısal bir makam olması da zorunlu değildir⁸⁰⁹. Yargısal makam dışında etkili sonuç doğurabilecek, işe yarar ve elverişli bir diğer başvuru yolu da etkili başvuru hakkını sağlayabilecek nitelikte görülebilir. Bu nedenle TSK disiplin yaptırımlarının 6'ncı madde kapsamına girip girmeyeceği tartışılmalıdır.

a) Disiplin Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Medeni Hak ve Yükümlülükler Kapsamında Mıdır?

AİHM, başlangıçta kamu personeli ile idare arasında ortaya çıkan idari uyuşmazlıkları kategorik olarak kapsam dışında tuttuğu ve sadece ekonomik niteliği ağır basan, diğer bir ifade ile uyuşmazlığın ana konusunun medeni bir hak veya yükümlülüğü içermemesine rağmen, medeni nitelikte bir hak veya yükümlülüğü ilgilendirmesi halinde bazı uyuşmazlıkları 6. madde kapsamında değerlendirdiği görülmektedir⁸¹⁰. Bu kapsamda devlet memurluğuna girişi, kariyeri ve memurluğun sona ermesini düzenleyen kurallar 6'ncı madde kapsamında medeni hak veya ödev olarak değerlendirilmeyecek, ancak memurlara ilişkin doğrudan parasal sonuçlar doğuran uyuşmazlıklar ise 6'ncı maddenin kapsamına girebilecektir⁸¹¹. Ancak daha sonraki AİHM içtihatlarında, bu nitelikteki daha fazla uyuşmazlığın 6. madde kapsamı içine alınarak incelenmesi yönünde genişletici bir tutum sergilendiği izlenimi uyanmaktadır⁸¹².

İdari yargıda görülen tüm uyuşmazlıkların 6'ncı madde kapsamı dışında olduğu gerekçesi ile adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin talepleri kategorik olarak reddetmeyen AİHM, başlangıçta benimsediği “uyuşmazlığın malvarlığına

⁸⁰⁹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 392-393.

⁸¹⁰ ALTIPARMAK, s. 13-14.

⁸¹¹ ALTIPARMAK, s. 19.

⁸¹² Özlem ERDEM KARAHANOGULLARI, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı, İnsan Hakları Yılı, C. 23-24, Y. 2001-2002, s. 55-56; Hamit GÖRÜR, *Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünümü*, DEÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 43.

ilişkin olması veya ekonomik olması” şeklindeki netlikten uzak kriterini belirginleştirmek amacıyla⁸¹³ yeni kriterler ortaya koymuştur. AIHM özellikle Pellegrin kararında⁸¹⁴ ortaya koyduğu içtihadında, çalışanın ifa ettiği görevin ve sorumluluklarının niteliğine dayalı işlevsel bir kriter kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu hakkın özüne bakan Mahkeme, kamu hukuku tarafından verilen yetkilerin kullanılması veya devletin genel menfaati için verilmiş görevleri içeren bir faaliyetin yürütülmesi halinde, bu faaliyetin yerine getirilmesinden doğan uyuşmazlıkları 6. madde kapsamında görmemiştir⁸¹⁵. Diğer bir ifade ile, devletin egemenlik yetkilerini doğrudan veya dolaylı kullanan veya kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu personeli, bu tür uyuşmazlıklarda 6. maddenin koruma alanından çıkmaktadır.⁸¹⁶ “Uygulamada Mahkeme, her davada başvurusunun görevleri ve sorumluluklarının niteliği ışığında mevkiinin doğrudan veya dolaylı olarak kamu hukuku tarafından verilen güçlerin kullanılmasına katılmayı veya devletin ya da diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumak için verilmiş görevleri içerip içermediğini araştıracaktır.”⁸¹⁷ Bu kapsamda güvenlik kamu hizmetinin ifası ile devletin genel çıkarını korumak amacıyla kamu gücünü elinde bulunduran Silahlı Kuvvetler personeline disiplinin sağlanması amacıyla uygulanan yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklar Pellegrin kararındaki kriterler çerçevesinde 6. madde kapsamı dışında kalmaktadır. Pellegrin kararı, açıkça, polisi ve silahlı kuvvetleri, kamu gücünün kullanılması kapsamına giren faaliyetler olduğunu belirtmekte ve böylelikle, bu kategorideki kişileri, 6. maddenin uygulanma alanından çıkarmaktadır⁸¹⁸. Mahkeme özellikle başvuranın görevinin niteliğini belirleyici özellik olarak kabul etmektedir. Bunun sonucu olarak da disiplinsizlik gerekçesiyle

⁸¹³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 273.

⁸¹⁴ Pellegrin/Fransa Davası, B.N. 28541/95, K.T. 08.12.1999, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58402>, E.T. 25.05.2014.

⁸¹⁵ Pellegrin/Fransa Davası, B.N. 28541/95, K.T. 08.12.1999, Parag. 66.

⁸¹⁶ GÖRÜR, s. 48; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s.273.

⁸¹⁷ Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alalarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, Beta Basım, İstanbul 2002, s. 44-46.

⁸¹⁸ Pellegrin/Fransa Davası, B.N. 28541/95, K.T. 08.12.1999, Parag. 66; Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası, B.N. 63235/00, K.T. 19.04.2007, Parag. 51, http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/eskelinen.pdf, E.T. 25.05.2014; “Kanaiev/Rusya, (B.N. 43726/02, K.T. 27.07.2006 Parag. 18) davasında, Rus Deniz Kuvvetleri’nde aktif bir subay ve üçüncü dereceden bir kaptan olup, bu vasfı ile “devlet egemenliğinin bir parçasını elinde bulunduran” başvuranın durumunda, Mahkeme, davanın, ilgilinin lehine verilmiş olan ve yol masraflarına ilişkin bir davanın icrasıyla ilgili olarak bile, 6/1. maddenin uygulanamayacağına karar vermiştir.”, Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası, B.N. 63235/00, K.T. 19.04.2007, Parag. 52.

TSK'dan ihraca ilişkin Yüksek Askeri Şura kararlarına ilişkin olarak Türkiye'ye karşı yapılan pek çok başvuruda uyuşmazlığın 6'ncı madde kapsamın girmedikten bahisle ihlal taleplerini reddetmiştir⁸¹⁹.

AİHM, kamu görevlilerinin kendilerine sağlanan, somut ve etkili korumadan faydalanamadıkları durumların kısıtlanması amacıyla, özellikle kamu görevlilerinin taraf olduğu idari nitelikteki uyuşmazlıkların 6. madde kapsamına girip girmediği sorununun incelenmesini kolaylaştırmayan ve fazla kesinlik sağlamayan Pellegrin kararındaki içtihadını geliştirme gereksinimi duymuştur. AİHS'deki hakların sözleşmecî devletlerin yetki alanına giren herkes tarafından, hiçbir ayırım gözetilmeden kullanılabileceğini belirten Mahkeme, memurlar gibi bazı kategoride bulunan kişilerin 6. maddedeki güvencelerden yararlanmaması için ikna edici nedenlerin bulunması gerektiğini belirtmektedir⁸²⁰. Mahkemenin "Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya" davasındaki yeni yaklaşımına göre, Mahkeme önünde, 6. maddenin korumasından mahrum bırakmak amacıyla devletin bir başvuranın memur statüsünü öne sürebilmesi için, iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk olarak, ilgili devletin iç hukuku, söz konusu görev ya da çalışan kategorisi için, "mahkemeye erişimi yasaklamış" olmalıdır. İkinci olarak, bu aykırılık, "devletin çıkarına bağlı tarafsız gerekçelere" dayanmalıdır. İlgilinin sadece kamu gücünün kullanılmasına ilişkin bir hizmet veriyor olması ya da sadece böyle bir sektörde çalışıyor olması artık belirleyici değildir⁸²¹.

Mahkemeye göre, 6'ncı madde dışında bırakmanın haklı çıkarılması için, devletin, söz konusu memurun, kamu gücünün icra edilmesine katıldığına ya da ilgili ve işveren devlet arasında, 'özel bir güven ve dürüstlük bağının' var olduğunun kanıtlanması yeterli değildir. Bunun yanında devletin, davanın konusunun, devlet otoritesinin kullanılmasıyla ilgili olduğunu ya da adı geçen özel bağı (özel bir güven

⁸¹⁹ TEZCAN, s. 93.

⁸²⁰ Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası, B.N. 63235/00, K.T. 19.04.2007, Parag. 58-59.

⁸²¹ Özpinar/Türkiye Davasında Özpinar, AİHM'e yaptığı başvuruda, müfettiş tarafından yürütülen disiplin soruşturması ile HSYK tarafından verilen meslekten çıkarma kararının, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüş, AİHM ise, 6. madde kapsamındaki iddialarla ilgili olarak Vilho Eskelinen/Finlandiya davasında belirlenen kriterleri hatırlatarak, iç hukukun HSYK kararlarına karşı itiraz imkânı sunmaması hususunda, hâkimlik sıfatının 6. maddenin olayda uygulanmasına engel teşkil ettiğini belirtmiştir. Karar için bkz: Özpinar/Türkiye Davası, B.N. 20999/04, K.T. 19.10.2010, Zülfiye YILMAZ, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Karar İncelemesi -Özpinar-Türkiye Kararı**, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 2, S. 3, 2013.

ve dürüstlük bağı), tartışma konusu haline getirdiğini kanıtlaması gerekmektedir. Böylece, kural olarak, hiçbir şey, söz konusu devlet ve ilgili memur arasındaki ilişkinin özel olması nedeniyle, maaşla, tazminatla ya da bu tip haklarla ilgili olağan iş ihtilaflarının, 6. maddenin güvenceleri dışında bırakılmasına izin vermemektedir. Mahkemeye göre, 6. maddenin uygulandığına ilişkin bir karine bulunmaktadır ve ilk olarak, milli hukuka göre, memur bir başvuranın, mahkemeye erişim hakkı olmadığını kanıtlamak ve ikinci olarak, 6. maddede güvence altına alınan hakların devre dışı bırakılmasının, bu memur için yerinde olduğunun kanıtlanması savunmacı devletin görevidir ve bu görevin yerine getirilmesiyle ancak sözkonusu uyuşmazlık 6'ncı madde koruması dışına çıkarılacaktır.

Bu kriterlere göre 6'ncı maddenin uygulanabilir olduğuna dair bir karine bulunduğundan, yargısal denetime açık olan disiplin yaptırımları 6'ncı maddenin koruma alanından faydalanacaktır. Nitekim Pridatchenko ve Diğerleri/Rusya davasında AİHM, ulusal makamların mahkemeye başvuru hakkı tanıdığı, başvuruçunun asker olduğu ve yargılamanın askeri mahkemede görüldüğü bir uyuşmazlığı adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiştir⁸²².

AİHM Suküt/Türkiye davasında disipline aykırı davranışları ve laikliğe aykırı tutumları nedeniyle ordudan Yüksek Askeri Şura kararı ile ihraç edilen bir subay hakkında sözleşmenin 6'ncı maddesi kapsamında yaptığı incelemede, Eskelinen kararındaki kriterleri uygulamış, YAŞ kararlarının yargısal denetime kapalı olmasını birinci şartın gerçekleşmesi olarak değerlendirmiştir. Mahkeme ikinci şart bakımından ise *“Bu olayda ihtilaf başvuruçunun disipline aykırı tutumu nedeniyle ordudan ihraç edilmesi ile ilgilidir. İhraç işlemi, başvuruçunun hal ve hareketlerinin askeri yetkililer tarafından orduda kalacak bir subayın olması gereken hal ve hareketlerine aykırı olduğu, tavır ve tutumlarının askeri disipline ve laiklik ilkesine ters düştüğünün tespitiyle dayandırılmıştır.”* gerekçelerini kullanarak söz konusu uyuşmazlığın devlet ile memur arasındaki “özel bir güven ve sadakat” ilişkisine

⁸²² AYM, B.N. 2012/660, K.T. 07.11.2014, RG: 10.12.2013-28847; **Kabuledilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi**, s. 49, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf, E.T. 15.12.2014.

dayandığına, dolayısıyla uyuşmazlığın adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığına karar vermiştir⁸²³.

AİHM'in bu yeni içtihadı çerçevesinde yargısal denetime kapalı disiplin cezaları için bir değerlendirme yapılırsa, bazı disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olmasının yanında verilen disiplin cezalarının devlet gücünün icrası veya devlet ile memur arasındaki özel bir bağlılık ve güven ilişkisi içermesi bakımından, yargısal denetime kapalı bir disiplin cezası alan Silahlı Kuvvetler mensubunun bu konudaki uyuşmazlığı AİHS 6. madde çerçevesinde AİHM önüne götürebilmesi güç görünmektedir⁸²⁴. Kamu görevlileri kamu hizmetini yerine getirirken anayasaya sadakat ve devlete bağlılık yükümlülüğü altındadırlar. Disiplin cezaları da daha çok devlet ile kamu görevlisi arasında kurulan bu özel bağlılık ve güven ilişkisinin ihlaline neden olan davranışlara uygulanır. Bu nedenle AİHM tarafından yargısal denetimi yapılamayan disiplin cezalarının 6. madde kapsamı dışında tutulması olasılığı yüksektir.

Ancak yinede her somut olayda verilen disiplin cezasının gerekçesi farklı olacağından, AİHM bu ikinci koşulu yeniden değerlendirmek suretiyle verilen bir disiplin cezasını 6. madde kapsamına alabilecektir⁸²⁵. Çünkü yargısal denetime kapalı olan bir işlemin 6'ncı madde kapsamı dışında tutulması istisnasının devletin yüksek menfaatlerine bağlı olduğunu kanıtlayan objektif gerekçelere dayanmış olması şarttır⁸²⁶. Askeri disiplin hukuku açısından ise bu objektif gerekçenin “*hayati öneme sahip olan askeri disiplinin sağlanması ve devletin yüksek menfaatlerinden olan güvenliğin korunması*” olarak gösterilebilecek ise de, bu gerekçenin objektif bir gerekçe olduğu ve devletin yüksek menfaatine yönelik olduğu her somut olayda tartışılabilir niteliktedir. Örneğin kişiye disiplini ve düzeni sağlama amacından daha farklı amaçlarla uygulanan yaptırımların devletin yüksek ve objektif menfaatlerine dayanmadığından bahisle 6'ncı madde kapsamında görülmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle 6'ncı maddenin her geçen gün gelişen ve genişleyen

⁸²³ Osman Sükut/Türkiye Davası, B.N. 59773/00, K.T. 11.09.2007, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=100003>, E.T. 15.12.2014.

⁸²⁴ Sibel İNCEOĞLU, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, TBB Dergisi, S: 72, Y. 2007, s. 67, dn. 36.

⁸²⁵ İNCEOĞLU, Yargı Bağımsızlığı, s. 68, dn. 36.

⁸²⁶ TEZCAN, s. 94.

uygulama alanı karşısında yargısal denetime kapalı olan disiplin yaptırımlarının 6'ncı madde kapsamı dışında kalmaya devam etmesi güç görünmektedir.

b) Disiplin Yaptırımları Ceza Nizaları Kapsamında Mıdır?

Cezai isnadı da medeni hak veya yükümlülükler gibi otonom bir kavram olarak gören Mahkeme, cezanın şeklinden ziyade özüne ilişkin bir değerlendirme yaparak sonuca gitmektedir⁸²⁷. AİHS 6'ncı maddede “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” kavramını kullanmıştır. Bu nedenle disiplin cezalarının bu kapsama girip girmediği değerlendirilmelidir.

Bu konuda Mahkemenin en temel içtihadı Engel ve Diğerleri/Hollanda kararıdır⁸²⁸. Mahkeme fiilin iç hukukta hangi alanda düzenlendiğine (iç hukukta yapılan nitelendirme, Engel Davası, Parag. 82), ihlalin geçek niteliğine (Engel Davası, Parag. 83) veya verilecek cezanın muhatabı üzerindeki etkisi ve ağırlık derecesine (Engel Davası, Parag. 85) bakarak isnadın cezai alanda ileri sürülüp sürülmediğini belirlemektedir⁸²⁹. Mahkemenin yaklaşımına göre eğer bir davranış ilgili devletin iç hukukunda suç olarak tanımlanıyorsa bu durumda isnad cezai isnad sayılacaktır. Eğer iç hukuk bunları disiplin suçu olarak değerlendiriyor ise ya genel olarak Avrupa hukuklarındaki düzenlemelerden hareket ederek suçun doğası itibarıyla genel ceza hukuku kapsamına girip girmediğine bakılacak, ya da bu suça verilecek cezanın ağırlığına göre onun ceza hukuku kapsamında olup olmadığına karar verilecektir⁸³⁰.

⁸²⁷ ALTIPARMAK, s. 22.

⁸²⁸ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, B.N. 5100/71, K.T. 08.06.1976, <http://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=23>, E.T. 27.05.2014.

⁸²⁹ AİHM Öztürk davasında da bu üç kriteri ayrıntısıyla incelemiştir. Trafiğin ihlal edilmesini fiilin iç hukukta ceza hukuku anlamında ceza değil idari ceza olmasına karşılık bu fiili ceza hukuku anlamında suç olarak kabul ederek, uygulanan yaptırımın niteliğini ve ağırlığını tartışmaya gerek duymadan, 6. maddenin uygulanmasına karar vermiştir. Öztürk/Almanya Davası, B.N. 8544/79, K.T. 21.02.1984, <http://aihmanadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=77>, E.T. 27.05.2014.

⁸³⁰ ALTIPARMAK, s. 26-27, dn. 166; AİHM, Öztürk kararında da aynı kriterleri kullanarak sonuca ulaşmıştır: “Mahkeme, “cezai” kavramının Sözleşme’nin 6. maddesinde anlaşıldığı şekilde “özerkliği”ni” teyid ettikten sonra, başvuru tarafından işlenen “idari suçun”, Sözleşme’nin 6. maddesi bakımından “cezai” bir suç olup olmadığını belirlemek durumundadır. Mahkeme bu iş için, yukarıda geçen Engel ve Diğerleri kararında kabul edilmiş olan kriterlere (bk. aynı karar, parag. 82) dayanacaktır. Çözülmesi gereken ilk mesele, söz konusu suçu tanımlayan metnin, davalı Devletin hukuk sisteminde ceza hukukuna ait olup olmadığıdır; daha sonra suçun niteliği ve son olarak ilgili

Mahkeme uygulanan yaptırımın niteliğini ve ağırlık derecesini dikkate almaktadır⁸³¹. Mahkemeye göre önemli olan kişiye uygulanan cezanın ismi değildir. Sadece cezanın ismine bakarak sonuca gitmek aldatıcı olacaktır. Burada dikkate alınması gereken cezanın süresi ve infaz şekli ile suçu bastırıcı nitelik taşıyan ve özgürlükten mahrum bırakan bir ceza türü olup olmamasıdır⁸³². Bu açıdan değerlendirme yapan Mahkeme Pulatlı/Türkiye Davası'nda asker kişiye verilen 75 günlük oda hapsi disiplin cezasını Sözleşmenin 6'ncı maddesinin korumasından yararlanması gereken seviyede bir "ceza" olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Mahkeme oda hapsi cezasını, bastırıcı ve cezalandırıcı amaçlı olduğu gerekçesi ile 5'inci madde kapsamında değerlendirmektedir⁸³³. AİHM içtihatlarında 5'inci madde kapsamında görülen her yaptırım 6'ncı madde güvencesinden yararlanmakta iken, Engel kararında, verilen iki günlük cezanın çok kısa olmasında dolayı bu ceza Sözleşmenin uygulanması kapsamında "ceza" olarak kabul edilmemiştir.

Bu açıdan bakıldığında ceza kanununda düzenlenmeyen, ceza hukukunun bir parçası olmayan ve disiplin kanununda düzenlenen TSK disiplin yaptırımları açısından fiilin niteliği ve verilecek cezanın doğası ve ağırlığı kriterleri belirleyici olacaktır. TSK disiplin hukukunda AİHM tarafından verilen ihlal kararları nedeniyle hürriyeti bağlayıcı yaptırım türü olan oda hapsi çok sınırlı hallerde uygulanabilecek şekilde düzenlenmiştir. Göz hapsi cezası yerine hizmete kısmi süreli devam cezası getirilmiş (tatil günleri dışında günde en fazla 3 saat süre ile), oda hapsi yerine ise temelde hizmet yerini terk etmeme cezası getirilmiştir (tatil günleri dışında yerine getirilme ve her gün en fazla bir saat ziyaretçi kabul edebilme). Yerine getirilme şartları ve miktarları dikkate alındığında (oda hapsi haricinde) bu cezaların AİHM uygulamasında "ceza" nitelikte yaptırımlar olarak kabul edilip 5 ve 6'ncı madde kapsamında kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Çünkü AİHM'e göre uygulanan yaptırım asker kişi için silahlı kuvvetlerindeki normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan kısıtlama biçimini alıyorsa 5'inci maddenin uygulama alanına

kişinin alabileceği cezanın derecesi ve ağırlığı incelenmelidir; bu yapılırken, Sözleşme'nin 6. maddesinin amacına, 6. maddedeki ve Sözleşmecî Devletin kanunlarındaki terimlerin olağan anlamlarına bakmak gerekir.", Öztürk/Almanya Davası, B.N. 8544/79, K.T. 21.02.1984.

⁸³¹ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, B.N. 5100/71, K.T. 08.06.1976, Parag. 83.

⁸³² İrfan BAYRAK/Türkiye Davası, B.N. 39429/98, K.T. 03.05.2007.

⁸³³ Pulatlı/Türkiye Davası, B.N. 38665/07, K.T. 26.04.2011, <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=5954>, E.T. 29.06.2014.

girebilecektir⁸³⁴. Bu nedenle yeniden düzenlenen bu cezaların yerine getirilme şekilleri normal yaşam şartlarından açıkça ayrılan bir içerik taşımamaktadır. (Ancak sınırlı durumlarda uygulanabilecek oda hapsi cezası için aynı şeyi söylemek mümkün değildir⁸³⁵.) Bu nedenle TSK disiplin yaptırımlarının “ceza nizaları” kapsamında tutulup 6’ncı madde uygulamasına dâhil edilmesi ve bu yolla da Anayasa’nın 90’ıncı maddesi gereği yargısal denetim yasağının aşılması mümkün değildir⁸³⁶.

2) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi Açısından

İç hukukumuzun bir parçası olan BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin⁸³⁷ adil yargılanma hakkını düzenleyen 14 üncü maddesinde; herkesin, mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit olduğu ve hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. AİHS m. 6 metninde “civil rights and obligations” kavramı, BM MSHS m. 14’de “suit at law” kavramı kullanılmıştır. Burada BM MSHS hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar kavramını geniş tutmuş, uyuşmazlığa konu olan hakkın medeni nitelikte olması şartını aramamıştır. Ayrıca “14’üncü maddenin birinci paragrafı,

⁸³⁴ Engel ve Diğerleri/Hollanda Davası, B.N. 5100/71, K.T. 08.06.1976, Parag. 59.

⁸³⁵ Mahkemeye göre 5. Maddenin 4. Fıkrası Sözleşmeci Devletleri özgürlükten yoksun bırakma kararının ‘idari bir makam’ tarafından alınması halinde, tutulan kişilere mahkemeye başvurma hakkı sağlamakla yükümlendirmektedir. Oda hapsine karşı yargısal denetim yolunun kapalı olması bu nedenle Sözleşmenin 5. Maddesine aykırı olacaktır. A.D./Türkiye davasında Mahkeme, bir astsubaya verilen 21 gün oda hapsi cezasını Sözleşmenin 5/1-a bendi kapsamında incelemiş, “Bu hapisliğe başvurunun askeri amiri karar vermiştir. Söz konusu askeri amir bu yetkisini, kendisinden daha yüksek makamların da dahil olduğu bir askeri hiyerarşi içinde kullanmıştır ve kendisi bu makamlardan bağımsız değildir. Ayrıca askeri amirin uyguladığı disiplin süreci, Sözleşme’nin 5(1)(a) bendinin gerektirdiği yargısal güvenceleri sağlamamaktadır. Sonuç olarak başvurunun tutulması, “yetkili mahkemenin mahkumiyet kararından sonra” bir tutma niteliğine sahip değildir.” gerekçesi ile Sözleşmenin 5/1-a bendinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. A.D./Türkiye Davası, B.N. 29986/96, K.T. 22.12.2005, Parag. 22, http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29986_96.pdf, E.T. 03.03.2015.

⁸³⁶ Aksi yönde bkz: Yıldırım’a göre, iç hukuk kuralı haline gelen AİHS madde 6 karşısında uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kanun hükümleri hükümsüzdür. YILDIRIM, Disiplin Hukuku, s. 11.

⁸³⁷ Türkiye BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’ni 15.08.2000 tarihinde imzalamış ve 4868 sayılı Kanunla uygun bulunması üzerine 18.06.2003 tarihinde onaylayarak Sözleşmeye taraf olmuştur.

tarafından birinin statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine” dayanmaktadır⁸³⁸. Bu nedenle idari nitelikteki uyuşmazlıklar MSHS m. 14’de düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamına girmektedir⁸³⁹.

İç hukukumuzun bir parçası olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” BM MSHS m.14’ü Anayasanın 90. maddesi ile birlikte değerlendirecek olursak, “mahkemeye erişim hakkını” diğer bir ifade ile “hak arama özgürlüğünü” de koruma atına alan adil yargılanma hakkı BM MSHS’de geniş düzenlenerek idari nitelikteki uyuşmazlıkları da kapsamına almıştır. Bu nedenle idari uyuşmazlıklara karşı yargı yoluna gidilmesini engelleyen kanun hükümlerinin uygulanması Anayasa m. 90/son karşısında ihmal edilmeli, BM MSHS m.14 esas alınmalı ve kanunlar gibi uygulama alanı bulmalıdır. Anayasanın bazı disiplin cezaları açısından kanun koyucuya yargısal denetimi sınırlandırma konusunda takdir yetkisi tanıdığı göz önüne alınırsa, disiplin cezalarına karşı yargı yolunu kapatan bütün kanuni düzenlemeler BM MSHS m. 14 karşısında uygulama olanağı bulamayacaktır⁸⁴⁰. Bu nedenle kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları hiçbir şekilde kanuni düzenleme ile, anayasal sınırlandırmalar hariç, yargısal denetim dışında bırakılamayacaktır⁸⁴¹. BM MSHS m. 14 ile tüm disiplin cezalarına yargı yolunu kapatan 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 21/3’ün “hak arama özgürlüğü” konusunda farklı düzenlemeler içermesi nedeniyle, Anayasanın 90. maddesinin emredici hükmü karşısında 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu m. 21/3 uygulanmayacak ve BM MSHS m. 14 esas alınmak suretiyle yargısal denetim talepleri kabul edilebilecektir.

Ancak öğretilerdeki bir görüşe göre, Anayasa’nın hak arama özgürlüğünün kısıtlanması konusunda yasama organına takdir yetkisi verdiği ve hak arama özgürlüğünün bu takdir yetkisine dayanılarak yasayla kısıtlandığı durumlarda da yargısal denetim yasağının aşılması mümkün değildir. Bu yasağı aşacak tek makam

⁸³⁸ Paul Perterer-Avusturya, B.N. 1015/2001, Parag. 9.2, (Nakleden: Yeliz ŞANLI, “**Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı**”, TBBD, S. 70, Y. 2007. s. 132).

⁸³⁹ DÖNER, s. 158.

⁸⁴⁰ DÖNER, s. 158.

⁸⁴¹ Bu yorumla birlikte AY. m. 90/son ile AYM’nin hak arama özgürlüğünü sınırlandıran kanun hükümlerini iptal ettiği kararları dikkate alındığında, Türk hukukunda “yasayla” hak arama özgürlüğüne sınırlama getirilmesi mümkün değildir.

yasama organıdır. Yargısal denetime kapalı olan disiplin cezalarının AIHS'in 6'ncı maddesi kapsamında olduğu varsayımından yola çıkan yazarlara göre, *“AIHS Anayasa üzerinde yer almaz; AIHS m. 6, Anayasa m. 36'nın bünyesine dâhil olmuştur. Bu durumda, kısıtlama getiren yasa yerine Anayasa m. 36'nın doğrudan uygulanması düşünülebilir. Ancak, sınırlama getirilmesine olanak tanıyan 129/II atlanarak AIHS m.6 ile tanımlanan 36.maddenin uygulanması mümkün değildir. Çünkü, Anayasa hükümleri arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur.”*⁸⁴²

Ancak kanaatimize göre, Anayasa'nın şu anki 129/4'üncü maddesi TSK'da uygulanan disiplin cezalarına karşı yargısal denetim yolunu kapatan bir hüküm değil bu konuda yasama organına takdir yetkisi veren bir hükümdür. Bu hüküm yargısal denetim yolunu doğrudan kapatan bir düzenleme olsaydı, yargısal denetim yasağının Anayasa m. 90'a dayanarak uluslararası sözleşme hükümleri ile aşılması hem Sözleşmenin Anayasa'dan üstün tutulması hem de Anayasa m. 90 ile m. 129 arasında bir hiyerarşi kurmak anlamına gelirdi. Ancak yasama organına Anayasa'nın takdir hakkı bıraktığı bir alanda yapılacak düzenlemelerin Anayasa'nın diğer kurallarına uygunluğunu aramak Anayasa kuralları arasında hiyerarşi kurmak anlamına gelmez. 1602 sayılı yasa ile Anayasa'nın 36'ncı maddesine aykırı bir düzenleme yapılmıştır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını düzenleyen AY. m. 36, hem AIHS m. 6 anlamındaki adil yargılanma hakkını hem de BM MSHS m. 14 anlamındaki adil yargılanma hakkını kapsar. Dolayısıyla Anayasa m. 90 ile verilen yetki kapsamında, hem Anayasa'nın 13 ve 36'ncı maddesine “aykırı” olan hem de AIHS ve BM MSHS'de düzenlenen adil yargılanma hakkı ile “çatışan” bu düzenlemenin ihmal edilerek yargısal denetim yolunun aşılması, Anayasa'nın ihmal edildiği, uluslararası bir andlaşmanın Anayasadan üstün tutulduğu ve Anayasa m. 90 ile 129/4 arasında hiyerarşi kurulduğu anlamına gelmeyecektir. Çünkü Anayasa m. 129/4 yargısal denetim yolunu doğrudan kapatan emredici bir düzenleme değil bu konuda yasama organına takdir yetkisi veren bir düzenlemedir.

Bu konuda Ankara 5'inci İdare Mahkemesi DMK'da uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu dönemde verdiği bir kararında, *“Buna göre, “uyarma” ve “kınama” cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk*

⁸⁴² ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, Bölge İdare Mahkemesi.

kuralları yerine, “adil yargılanma hakkı”, “hak arama özgürlüğü” ve “mahkemeye başvurma hakkı” ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 125/B-a maddesi uyarınca verilen “kınama” cezasına karşı dava açılabilceği kanaatiyle davanın esas yönünden çözümlenmesi yapılacaktır...” gerekçesi ile BM MSHS m. 14’ü kullanarak yargısal denetim yolunu aşmıştır⁸⁴³.

Ancak bu karar Danıştay tarafından “açık olan Anayasa ve yasa hükümleri karşısında kınama cezasının yargısal denetimini yapmaya hukuken olanak bulunmadığından...” kısa gerekçesi ile bozulmuştur⁸⁴⁴. Danıştay bu kararında Anayasa m. 129/3’ün 2010 değişikliğinden önceki halinin uyarma ve kınama cezalarına karşı yargısal denetim yolunu doğrudan kapattığı ve 657 sayılı Yasa’nın da bu düzenlemeye uygun olarak yargısal denetim yolunu kapattığı anlayışından yola çıkmıştır.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi ise DMK’da uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu dönemde verdiği bir kararında, Anayasa’nın bu cezalara karşı yargısal denetim yolunu doğrudan kapattığı düşüncesinden hareket etmiş, disiplin cezalarına ilişkin uyuşmazlıkları (tartışmadan) 6’ncı madde kapsamında kabul etmiş ve Anayasa’nın 90’ıncı maddesini kullanarak yargısal denetim yasağını aşmıştır⁸⁴⁵. Mahkeme kararında Sözleşme’ye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir Anayasa hükmünün, Sözleşme hükümleri karşısında, Türk hukukunda zımnen iptal edildiği ve mahkemelerce Sözleşme hükümlerinin uygulanarak yargı yoluna kapalı disiplin cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁸⁴⁶.

Ancak daha önce de ifade edildiği gibi yargısal denetim yoluna kapalı olan disiplin cezalarının AIHS m. 6 korumasından faydalanması şu an için mümkün

⁸⁴³ Ankara 5. İdare Mahkemesinin 29.06.2004 tarih ve E.2003/1796, K.2006/1212, sayılı kararı, (Nakleden: Döner, s. 159 vd.)

⁸⁴⁴ D12D., E. 2004/4584, K. 2005/3520, K.T. 18.10.2005. Karar için bkz: ŞANLI, s. 112-134.

⁸⁴⁵ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, YD. İtiraz No: 1995/2171, K.T. 24.10.1995, Karar için bkz: ASLAN, s. 118 vd.

⁸⁴⁶ Kararın ayrıntılı incelemesi ve eleştirisi için bkz: ALTIPARMAK/KARAHANOGULLARI, Bölge İdare Mahkemesi.

değildir. Ayrıca Sözleşmelerin iç hukuktaki konumu da dikkate alındığında, yargısal denetim yasağının doğrudan Anayasa hükmü ile getirilmesi halinde, bu çatışmanın Anayasa m. 90/son ile çözülmesi de mümkün değildir. Nitekim AYİM, Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı açılan iptal davalarında *“Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası antlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek antlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası antlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler Anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar. Bu nedenle, görülmekte olan davada Anayasanın “...Yüksek Askeri Şura’nın kararları yargı denetimi dışındadır.”(m.125/2) hükmü ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı ve 13 ncü maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askeri Şura kararının yargı denetimine tabi kılınması mümkün değildir.”* gerekçesi ile kanaatimizi teyit etmiştir⁸⁴⁷.

AYİM asker kişilere verilen oda hapsi cezası hakkında açılan davalarda yargısal denetim yasağını aşmıştır. Ancak Mahkeme, yargısal denetim yasağını aşma konusunda, adil yargılanma hakkına ilişkin hükümlere değil AİHS m. 5/4’e⁸⁴⁸ dayanmaktadır. Oda hapsinin AİHM tarafından 5’inci madde kapsamında görülmesine dayanan Mahkeme şu gerekçeler ile yargısal denetim yasağını aşmakta ve oda hapsi cezalarını yetki unsuru yönünden hukuka aykırı görüp iptal etmektedir:

“Somut olayda; dava konusu edilen oda hapsi disiplin cezasının kişi hürriyetini tahdit eden tutuklama mahiyetinde bulunduğu Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. Bu tespit sözleşmecî devletleri bağlayıcı niteliktedir. Tutuklama kararının yetkili bir mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine ilişkin AİHS’nin 5’inci madde 1-a fıkrası ile oda hapsi cezasının disiplin amiri tarafından verilebileceğine ilişkin işlem tarihinde yürürlükte olan Askeri Ceza Kanununun 165, 168 ve 171’inci maddeleri çelişme halindedir. Bu konuda sözleşme

⁸⁴⁷ AYİM, 1.D., E. 1998/1041, K. 1998/1059, K.T. 15.12.1998, AYİMD, S. 13, s. 963-964, Karar için ayrıca bkz: www.msb.gov.tr.

⁸⁴⁸ **AİHS madde 5/4:** Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

hükümleri ile iç hukuk normları arasında farklı hükümler yer almaktadır. Tutuklama kişi hürriyetini tahdit niteliğindedir. Kişi hürriyeti de Anayasanın 19'uncu maddesinde sayılan temel hak ve özgürlüklerdendir. Yine AİHS'nin 5'inci maddesi 4'üncü fıkrasında yer alan "yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkesin, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir." hükmü ile disiplin amirleri tarafından verilen cezalara karşı yargı yolunun kapalı olduğuna ilişkin 1602 sayılı kanunun 21'inci maddesi (eski hali) çelişmektedir. Tutuklama niteliğinde olduğu tespit edilen disiplin amiri tarafından verilmiş oda hapsi cezası yönünden AİHS ile kanun farklı hükümler içermektedir.

"Sonuç olarak oda hapsi disiplin cezası konusunda Anayasa hükümleri ile milletlerarası andlaşma hükümleri arasında çelişme bulunmamaktadır. AİHS'nin 5'inci madde 1-a fıkrası ile oda hapsi disiplin cezasının disiplin amiri tarafından verilebileceğine ilişkin Askeri Ceza kanunun mülga 165, 168, 171'inci maddeleri ve AİHS'nin 5'inci maddesi 4'üncü fıkrasında yer alan sözleşme hükmü ile disiplin amirleri tarafından verilen cezalara karşı yargı yolunun kapalı olduğuna ilişkin 1602 sayılı Kanunun 21'inci maddesi (eski hali) çelişmektedir. Anayasanın 90'inci maddesinin açık hükmü gereği uyuşmazlığın çözümünde AİHS'nin 5'inci maddesindeki düzenlemelerin esas alınması, uyuşmazlığın esastan incelenerek çözümlenmesi gerekmektedir.

"Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde dava konusu uyuşmazlık esastan incelendiğinde; davacı hakkındaki dava konusu 7 gün oda hapsi disiplin cezasının iç hukukumuzda göre ceza vermeye yetkili disiplin amiri tarafından verilmiş olduğu, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre kişi hürriyetini tahdit eden tutuklama mahiyetindeki ve yetkili mahkeme niteliğine haiz olmayan disiplin amiri tarafından verilmiş dava konusu oda hapsi disiplin cezasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/1-a maddesine uygun olarak yetkili bir mahkeme tarafından

verilmemiş olduğundan, yetki unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle iptalinin gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.”⁸⁴⁹

TSK D.K. yürürlüğe girmeden önce hakkında oda hapsi cezası kararı alınan bir asker kişi, bireysel başvuru yoluyla AYİM’ye başvurmuştur. AYİM’ye bireysel başvuru yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmesi şarttır. Asker kişi ise oda hapsi cezasına karşı idari itiraz yolunu kullanmış, cezanın verildiği dönemde oda hapsi cezası için yargısal denetim yasağı bulunduğundan AYİM’e dava açmadan AYİM’ye başvurmuştur. Başvuruya karşı savunma yapan Bakanlık AYİM’in oda hapsi cezalarına karşı açılan davaları kabul ettiğini, öncelikle AYİM’e dava açılması gerektiğini ve dolayısıyla iç hukuk yolları tüketilmeden dava başvuru yapıldığından başvurunun reddedilmesi gerektiğini savunmuştur. AYİM ise; *“Bakanlık görüşünde, AYİM’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları doğrultusunda oda hapsi cezalarını yargı denetimine tabi kıldığı, oda hapsi cezasını iptal ettiği ve tazminat davasını kabul ettiği, bu şekilde konuya ilişkin etkili bir iç hukuk yolunun olduğu belirtilmiş ise de, AYİM’in 22/2/2013 tarihli kararının yasal değişiklikten sonra verildiği, 24/5/2012 tarihli kararın ise istisna olduğu, genel bir uygulamayı ve sürekliliği yansıtmadığı, karar tarihi ve bireysel başvuru tarihi itibarıyla 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu’nun 21. maddesinde disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezaların yargı denetimi dışında olduğu hükmünün yürürlükte bulunduğu dikkate alındığında ortada etkili ve istikrar kazanmış bir başvuru yolunun bulunduğundan bahsedilemez ve başvurucuya bu yola başvurması yükümlülüğü yüklenemez. Bu nedenle, başvuru tarihi itibarıyla başvurucunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru*

⁸⁴⁹ AYİM, 3.D., E. 2013/482, K. 2013/1515, K.T. 28.22.2013, Yayınlanmamıştır; *“Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin açık hükmü gereği, disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi disiplin cezasının yargı denetimi dışında olup olmadığı hususunda AİHS’nin 5’inci maddesindeki düzenlemelerin esas alınarak, disiplin amiri tarafından verilen oda hapsi disiplin cezasının, yargı denetimi dışında olmadığına kabulü gerekmektedir”* gerekçesi ile 2013 yılında yargısal denetim yasağını aşmış ve açılan iptal davalarını kabul etmiştir. AYİM, 3.D., E. 2013/903, K. 2013/952, K.T. 11.07.2013 AYİMD, S: 29, 2014, s. 464 vd; *“Oda hapsi disiplin cezasının kişi hürriyetini tahdit eden tutuklama mahiyetinde bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilmiştir. AİHS hükümleri ile 1602 sayılı Kanunun 21 nci maddesi arasında farklı hükümler bulunmaktadır. Uyuşmazlığın çözümünde Anayasanın 90 nci maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlere ilişkin AİHS nin 5 nci madde hükümlerinin esas alınması gerekir. Bu nedenle oda hapsi disiplin cezasının iptali ile manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin isteminin esastan incelenmesi mümkündür.”* AYİM, 3. D., E. 2008/873, K. 2008/1096, K.T. 18.09.2008; AYİM, 3. D., E. 2012/878, K. 2012/1404, K.T. 24.05.2012.

yolunun bulunmadığı açıktır.” gerekçesi ile bireysel başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı vererek oda hapsi cezasının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine (AY. m. 19, AİHS m. 5) hükmetmiştir⁸⁵⁰.

AYİM oda hapsi cezasını AİHM içtihatları doğrultusunda Sözleşmenin 5’inci maddesi kapsamına giren bir özgürlük kısıtlaması olarak kabul etmiş, AİHS madde 5/4’deki “mahkemeye başvurma hakkı”nı dikkate alarak, yargısal denetim yasağı getiren hükümleri AY m. 90’a dayanarak aşmıştır. Ancak AYİM bu içtiadı ile sadece oda hapsi cezaları için yargısal denetim yolunu aşmaktadır. Yargısal denetim yasağı kapsamında olan diğer disiplin yaptırımları konusunda ise Mahkeme, yokluk denetimi yoluyla yargısal denetimi aşmaktadır. Ancak oda hapsi konusunda verilen ve asker kişilerin korunması için oldukça önemli olan bu yaklaşıma karşılık yokluk teorisinin geniş uygulanması konusunda Mahkemeye getirilen eleştiriler de dikkate alındığında; (yasa-uluslararası andlaşma çatışması ekseninde) tüm disiplin cezaları hakkında yargısal denetim yasağı getiren 1602 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinin uygulanması AY. m. 90’a dayanılarak ihmal edilmeli, Türkiye’nin taraf olduğu BM MSHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14’üncü maddesi doğrudan uygulanarak yargısal denetim talepleri dikkate alınmalı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla ortaya çıkan “çatışmaları giderme yükümlülüğü” mahkeme içtihatlarıyla yerine getirilmelidir.

⁸⁵⁰ AYM, B.N. 2013/760, K.T. 12.03.2015, RG: 16.05.2015.

SONUÇ

Disiplin yaptırımları idari işlem olarak tesis edilen idari nitelikli yaptırımlardır. Bu yaptırımların yargısal usuller kullanılarak tesis edilmesi ve asker kişilerin korunması amacıyla ceza hukukunun temel ilkelerinin bu yaptırımlara niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanması, söz konusu yaptırımların hukuki niteliğini etkilememektedir.

Danıştay disiplin yaptırımlarını klasik idari işlemlerden ayrı tutmakta, faklı bir hukuki konuma yerleştirmektedir. AYM'nin de geçmiş yıllarda disiplin yaptırımlarını klasik idari işlemlerden ayrı tuttuğu içtihatları bulunmaktadır. Gerçekten de disiplin yaptırımları yargısal usuller kullanılarak tesis edildiğinden, klasik idari işlemlerden farklıdır.

Disiplin yaptırımlarının klasik idari işlemlerden farklı olarak yargısal benzeri usullerle tesis edilmesi gerekçesi, hukuka uygun disiplin yaptırımı kararlarının yerindelik gerekçesi ile geri alınabilmesinin önüne geçmeyi sağlayabilecek bir gerekçedir. Ancak hukuka aykırı disiplin yaptırımların geri alınabilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hukuka aykırı disiplin cezalarının geri alınabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu yetkinin kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla da geri almanın esas ve usullerinin kanun veya en azından yönetmelik ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Askeri disiplin hukukunda disiplin amirine yaptırım uygulamadan önce ikaz ve disiplin eğitime alma yetkisi de tanınmıştır. Disiplin eğitime alma yetkisi kapsamında alınan kararlar, uyulmaması halinde adli ve/veya idari bir yaptırımı gerektirdiğinden, icrai nitelik taşımaktadır. Ayrıca amirin ikaz yetkisi kapsamında personelini yazılı olarak ikaz etmesi ve bu ikaz yazılarının da kişinin özlük dosyasında muhafaza edilmesi, söz konusu işlemi yetki saptırması nedeniyle hukuka aykırı hale getirecektir. Bu nedenle ikaz yazılarının personelin özlük dosyasına konulmaması gerekir.

Disiplin yaptırımları asker kişiler hakkında tesis edilecek diğer idari işlemleri etkilemektedir. Ancak sırf disiplin cezası almış olmak nedeniyle asker kişinin belli haklardan yoksun bırakılması çifte cezalandırma yasağına aykırı olacaktır. Bunun

yanında yargısal denetimi yapılamayan disiplin cezalarının diğer idari işlemlerin sebep unsurunu oluşturabilmesi hukuk devleti ilkesine aykırı bir uygulama biçimidir. Ayrıca askeri disiplin hukukunda disiplin cezalarının sicilden silinememesi ve uzun yıllar sonra personelin belli haklardan mahrum bırakılabilmesine imkân sağlaması yaptırımların ıslah edici yönünün ihmal edildiği anlamına gelmektedir.

Asker kişiler hakkında yaptırım kararı almaya yetkili makam ilk disiplin amiridir. Disiplin Kanunu asker kişinin sıralı tüm disiplin amirleri tarafından yaptırım tehdidi altında bırakılmasını önlemek için üst disiplin amirlerinin yaptırım uygulama yetkisini istisnai hale getirmiş, temelde ilk disiplin amirini yetkilendirmiştir. Ancak TSK D.K. m. 9/1-a’da bulunan ve üst disiplin amirinin yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu durumlardan birisi olan “*Disiplinsizlik, daha ağır bir disiplin cezası verilmesi amacıyla kendisine iletilmiş veya kendisi tarafından buna gerek görülmüşse*” hükmü, üst disiplin amirinin istisnai olan bu yetkisini bir anlamda genel hale getirmektedir. Bu düzenleme TSK D.K.’nın asker kişiyi ilk disiplin amiri dışındaki diğer tüm disiplin amirlerine karşı koruma amacını işlevsiz hale getirmektedir. Ayrıca üst disiplin amirleri disiplinsizliğin kendisine karşı işlenmesi halinde doğrudan yaptırım uygulama yetkisine sahip olmakta, bu uygulama biçimi ise tarafsızlık ilkesini zedelemektedir.

TSK D.K. disiplin soruşturması yapılmadan yaptırım kararı alınmasını engelleyen, savunma hakkının karar veren makam önünde kullanılmasını zorunlu kılan, yaptırım kararı alacak makamın tarafsızlığının sorgulanabileceği durumlarda bu makamın yaptırım kararı almasının önüne geçen, karar verecek makamın disiplin soruşturması yapmasını önleyen, disiplin kurulları önünde avukatla savunma yapılmasına imkân tanıyan hükümler içermemektedir.

Pozitif hukuk açısından askeri disiplin hukuku yukarıda belirtilen sorunları taşımakta ise de, bu sorunların hukukun bir takım genel ilkeleri ve yargısal içtihatlar ile aşılması mümkündür. AİHM’in idari nitelikteki uyuşmazlıkların adil yargılanma hakkı kapsamında olup olmadığına ilişkin geliştirdiği yeni kriterler özellikle disiplin karar verme usulünde asker kişileri koruyabilmektir. AİHM’in “Vilho Eskelinen ve

Diğerleri/Finlandiya” davasındaki⁸⁵¹ yeni yaklaşımına göre, Mahkeme önünde, 6. maddenin korumasından mahrum bırakmak amacıyla devletin, bir başvuranın memur statüsünü öne sürebilmesi için, iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. İlk olarak, ilgili devletin iç hukuku, söz konusu görev ya da çalışan kategorisi için, “mahkemeye erişimi yasaklamış” olmalıdır. İkinci olarak, bu aykırılık, “devletin çıkarına bağlı tarafsız gerekçelere” dayanmalıdır. İlginin, sadece kamu gücünün kullanılmasına ilişkin bir hizmet veriyor olması ya da sadece böyle bir sektörde çalışıyor olması, belirleyici değildir.

Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya kararı ile ortaya konulan yeni kriterler dikkate alındığında, yargısal denetime açık olan disiplin ceza kararlarının alınması usulünde adil yargılanma hakkı ve bu hakkın içeriğine zımnen dâhil olan unsurlara uyulması şarttır. Bu kapsamda asker kişiler hakkında alınacak disiplin yaptırımı kararlarında soruşturma yapılması, karar verecek makamın soruşturmacı olarak görev yapmaması, soruşturma açma kararını yaptırım kararı almaya yetkili makamın alması, savunma hakkının karar verecek makam önünde kullanılması, asker kişinin soruşturma dosyasını inceleyebilmesi, kendisine hakkındaki isnadlar hakkında bilgilendirmede bulunulması zorunlu hale gelmektedir.

Asker kişilere uygulanan disiplin yaptırımları, idari tedbir niteliğinde değildir. Bu yaptırımlar cezai mahiyette, caydırıcı ve kötülük tehdidi barındıran yaptırımlardır. Bu yaptırımlar, askeri disiplin hukukunun geçmiş uygulamalarının da etkisiyle, asker kişi üzerinde ciddi manevi etkiler bırakmaktadır. Bunun yanında askeri disiplin hukukunda asker kişilere uygulanan tüm yaptırım çeşitleri, asker kişi hakkında tesis edilecek diğer idari işlemleri etkilemekte, tekerrüre esas alınmakta, asker kişinin hayatını adadığı mesleğinden ayrılmasına neden olabilmektedir. Bu şekilde manevi ve hukuki etki taşıyan yaptırımlara karşı asker kişilerin korunması ciddi anlamda önem taşımaktadır.

Askeri disiplin hukukunda uygulanan disiplin yaptırımlarının cezai mahiyeti dikkate alındığında salt idare hukukunun koruyucu mekanizmaları ile yetinilemez. İdarenin kanuniliği ilkesi kapsamında idari makamlara genel bir disiplin yaptırımı

⁸⁵¹ Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya Davası, B.N. 63235/00, K.T. 19.04.2007, http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/eskelinen.pdf, E.T. 25.05.2014.

uygulama yetkisi tanınabilir. Ayrıca memur güvenliği ilkesi yaptırım uygulanabilecek tüm fiillerin açıkça kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaz. Bu bakımdan, disiplin yaptırımlarının cezai mahiyeti dikkate alındığında ceza hukukunun güvence fonksiyonu disiplin hukukunda da işletilmeli, disiplin yaptırımlarının yargısal denetiminde “çekirdek” ceza hukuku kuralları da uygulama alanı bulmalıdır.

Disiplinsizlikler TSK D.K.’da tanımlanmış olmanın yanında disiplin amirine “kıyas” yetkisi de verilmiş, disiplin yaptırımının sebep unsurunun oluşup oluşmadığının tespitinde disiplin amirine takdir yetkisi bırakılmıştır. Kıyas yetkisinin yanında Disiplin Kanununda belirlilik ilkesine aykırı, muğlak disiplinsizlik tanımları da bulunmaktadır. Birçok disiplin yaptırımına karşı yargısal denetim yolunun kapalı olduğu da dikkate alındığında, disiplin yaptırımı uygulanabilecek fiil ve hallerin kanunda belirlilik ilkesine uygun bir şekilde tanımlanması hususu askeri disiplin hukukunda oldukça önem taşımaktadır.

Bu bakımdan disiplin hukukunda hangi fiillere yaptırım uygulanabileceği konusunda idareye belli bir hareket alanı bırakılması ile asker kişinin keyfi yaptırımlarla karşılaşmaması amaçları arasında bir denge kurulmalıdır. Bu dengeyi kuracak olan disiplin amirine kıyas yetkisi verilmesi değildir. Nitekim AYM de, ceza infaz kurumlarındaki hükümlülere uygulanacak disiplin yaptırımlarında kıyasa imkân veren düzenlemeyi iptal etmiştir⁸⁵². İdareye hareket serbestisi ve asker kişiye de hukuki öngörülebilirlik sağlayacak en önemli yöntem TSK D.K.’da “*açık disiplinsizlik tanımları*”na daha çok yer vermektir.

Askeri disiplin hukukunda sistemi kilitleyen ana unsurlardan birisi, disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemidir (TSK D.K. m. 21) . Klasik bir çifte cezalandırma örneği olan bu sistemde asker kişiye uygulanan tüm disiplin yaptırımları toplanmakta ve bu yaptırımlar nedeniyle asker kişi hakkında en ağır yaptırım olan Silahlı Kuvvetlerden çıkarma cezası uygulanmaktadır. Dolayısıyla tüm yaptırım çeşitleri ayırma cezası verilebilmesine neden olabilmektedir. Bu sistem ile askeri disiplin hukukunda uygulanan tüm yaptırım çeşitlerine, asker kişinin temel hak ve özgürlüğünü kısıtlayan bir anlam yüklenmektedir. Çünkü asker kişilere

⁸⁵² AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 03.10.2013, RG: 18.01.2013-28886.

uygulanan ayırma cezası ile asker öğrencilere uygulanan askeri okuldan çıkarılma cezası, bu kişilerin kamu hizmetlerine girme, çalışma ve eğitim özgürlüklerini doğrudan kısıtlayan yaptırımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla AY. m. 13 ile getirilen temel hak ve özgürlüklerin ancak yasayla kısıtlanabilmesi şartı, disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi nedeniyle, yaptırım uygulanabilecek tüm fiillerin kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Asker kişileri disiplin yaptırımlarına karşı koruyacak en önemli mekanizma yargısal denetim yoludur. Askeri disiplin hukuku sisteminde askeri öğrenciler ile erbaş ve erler hakkında uygulanan tüm disiplinsizliklere karşı yargı yolu kapatılmış, diğer asker kişiler hakkında uygulanan uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları da yargısal denetim dışında bırakılmıştır. Yargısal denetime kapalı olan bu cezalar, asker kişi üzerinde salt manevi etki bırakan cezalar değildir. Yargısal denetime kapalı olan bu cezalar tekerrüre esas alınmakta, diğer idari işlemleri etkileyebilmekte, salt bu cezalar disiplin ceza puanına bağlı ayırma sistemi çerçevesinde kişinin statüden (kamu görevlisi, askeri öğrenci) çıkarılmasına neden olabilmektedir.

Anayasa m. 129/3 ve 4 askeri disiplin hukukunda AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun, asker kişileri koruyacak şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü bu hükümler TSK’da asker kişilere keyfi yaptırımlar uygulanabilmesine imkân sağlamak için getirilmemiştir. Bu bakımdan AY. m. 129/4 ile getirilen istisna, denetimin “yargısal” yoldan olmasına ilişkindir. Dolayısıyla TSK’da uygulanan disiplin yaptırımlarının klasik idari itiraz yolu dışında, yasama organının tercihine göre yargısal olmayan ve fakat etkin ve bağımsız bir makam tarafından denetlenebilmesi AY. m. 129/3 ve 4 açısından zorunluluk taşımaktadır.

Yargısal denetim yasağına ilişkin diğer bir husus, hak arama özgürlüğüne getirilecek kısıtlamanın diğer Anayasal kurallara uygun olmasıdır. AY. m. 129/4, sadece özel sınırlama sebebine bağlı kalınmaksızın AY. m. 36’da düzenlenen hak arama özgürlüğüne kısıtlama getirilmesini sağlamak içindir. Yoksa bu hüküm ölçülülük ve eşitlik gibi diğer Anayasal kurallara aykırı düzenlemeler yapılabilmesine imkân sağlamaz. Nitekim AYM, askeri hâkimlere yürütme erkinin üyesi olan Bakan tarafından verilen disiplin cezalarını yargı denetimi dışında tutan

hükmü, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ve hâkimlik teminatına aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁸⁵³.

Dolayısıyla AY. m. 129/4'e dayanarak yapılacak yasal düzenlemelerin -özel sınırlama sebebi bulunması şartı dışında- AY. m. 13'deki diğer şartlara ve Anayasanın diğer kurallarına uygun olması gerekmektedir. Ancak yasama organınca 1602 sayılı Yasanın 21'inci maddesi ile getirilen yargısal denetim yasağı özellikle ölçülülük ilkesine aykırı bir içerik taşımaktadır. Ayrıca askeri hizmetin gereklerinin ve askeri disiplinin öneminin asker kişilerin hak arama özgürlüğünün kısıtlanmasına gerekçe oluşturması "*demokratik toplum düzeninin gereklerine*" uygun nitelikte değildir. Tüm bunların yanında TSK'da istihdam edilen ve 657 sayılı yasaya tabi kamu görevlilerinin tüm yaptırımlara karşı yargısal denetim yoluna gidebilmesi yargısal denetim yasağı getiren söz konusu düzenlemeleri eşitlik ilkesine de aykırı kılmaktadır. Çünkü aynı kurumda çalışan ancak farklı mevzuata tabi olan kişiler, TSK'nın disiplini korumak ortak amacıyla uygulanan yaptırımlara karşı en azından hak arama özgürlüğü temelinde aynı statüde kabul edilmelidirler.

Yargısal denetim yasağı ile getirilen hukuk devleti ilkesine aykırı bu durumun iç hukuk kurallarına uygun bir şekilde yargısal içtihatlar ile aşılabilmesi mümkündür. Öncelikle AYİM'in "yokluk denetimi" ve Danıştay'ın "dış unsurlar denetimi" yöntemi yargısal denetim yasağını aşmada önemli uygulamalar niteliğinde olsalar da, bu yöntemlerin pozitif dayanakları bulunmamakta ve ciddi anlamda eleştirilmektedir.

Yargısal denetim yolunun yargısal içtihat yoluyla aşılmasının iç hukuka uygun en önemli yolu AY. m. 90/5'in "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" hükmüdür. Çünkü TSK'da uygulanan disiplin yaptırımlarına karşı yargısal denetim yolunu kapatan Anayasa'nın kendisi değil, 1602 sayılı Yasanın 21'inci maddesidir. AY. m. 129/4, bu konuda yasama organına takdir yetkisi bırakmıştır. Dolayısıyla mahkemeye başvurma hakkını da içeren ve hukuki uyuşmazlığın medeni veya idari olması konusunda bir ayırım getirmeyen, Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin

⁸⁵³ AYM, E. 2013/82, K. 2014/100, K.T. 04.06.2014, RG: 17.09.2014-29122.

14'üncü maddesindeki adil yargılanma hakkı dikkate alınmalıdır. AY. m. 90/5 kapsamında, uluslararası bir andlaşma ile hak arama özgürlüğü konusunda farklı düzenleme içeren 1602 sayılı Yasa'nın 21'inci maddesi ihmal edilmeli, MSHS m. 14 dikkate alınarak yargısal denetim talepleri kabul edilmelidir. Bu şekilde yapılacak bir uygulama Anayasa'nın uluslararası bir andlaşma karşısında ihmal edildiği anlamına gelmeyecektir. Çünkü Anayasa doğrudan yargısal denetim yasağı getirmemekte, bu konuda yasama organına takdir yetkisi bırakmaktadır.

Askeri disiplin, diğer kurumların disiplininin sağlanmasına göre çok daha fazla önem taşımaktadır. Askeri disiplin korunmaya çalışılırken, bu özel niteliğinin dikkate alınması gereklidir. Bu bakımdan asker kişi olmak sivillerin tabi olduğu kurallardan farklı kurallara tabi kılınmayı gerektirebilir. Ancak bu konuda askeri disiplin ile asker kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurmak hayati öneme sahiptir. Asker kişi olmak seyahat özgürlüğü ve ifade özgürlüğü gibi bir takım hakların belli ölçülerde kısıtlanmasının gerekli kılabilir. Ancak askerlik hizmeti ve asker kişi olmak hak arama özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesini⁸⁵⁴, adil yargılanma hakkı ve ceza hukukuna ilişkin güvencelerden yararlanılamamasını, disiplin karar verme sürecinde adil yargılanma hakkına uygun olmayan yöntemlerle karar alınmasını, savunma hakkının kısıtlanmasını, hakkında eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapılmasını ve özel hayatına müdahalede bulunulmasını (iffetsiz bir kimse ile evlenmek veya yaşamak fiilinin cezalandırılması örneğinde olduğu gibi) hiçbir şekilde gerekli ve meşru kılmayacaktır.

⁸⁵⁴ TSK D.K. gerekçesinde asker kişilere verilen tüm disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurma hakkının askeri disiplini olumsuz yönde etkileyeceğinden bahsedilmektedir.

KAYNAKÇA

AĞAR, Serkan, “Disiplin Hukuku Yönünden Avukatın Özel Yaşamı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 80, Yıl: 2009.

AKILLIOĞLU, Tekin, **Yönetim Önünde Savunma Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara, 1983. (Savunma Hakları)

AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetimsel İşlemlerde Gerekçe İlkesi”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 1982, Cilt: 15, Sayı: 2. (Gerekçe İlkesi)

AKILLIOĞLU, Tekin, “Bireyin Yönetimsel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz”, **Amme İdaresi Dergisi**, Yıl: 1981, Cilt: 14, Sayı: 3.

AKYILDIZ, Ali, “Disiplin Hukukumuzda Anayasal Bakış”, **Türk Hukuk Dünyası**, Yıl: 2, Sayı: 3, Mayıs 2002.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VI, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık 2002, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/6_9.pdf. (Makale internet çıktısı üzerinden numaralandırılmıştır.)

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk idare Hukuku**, Seçkin. Kitabevi, 2. Baskı, Ankara, 2011.

ALTIPARMAK, Kerem, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesinin Uygulama Alanı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 53, Sayı: 1-4, Ankara, 1998.

ALTIPARMAK, Kerem/KARAHANOGULLARI, Onur, “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa’nın Zımnen İptali”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 19-20, 1997-1998, s. 215-233. <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/bimkarari.htm>. (İnternet metni kullanılmıştır.) (Bölge İdare Mahkemesi)

ALTUNDİŞ, Mehmet, “Anayasa’nın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yolu Açılabilir mi?”, **Yasama Dergisi**, Sayı: 2, Yıl: 2006.

ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ASLAN, Zehreddin, “Kamu Personelinin Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunları”, **Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu**, Eskişehir 4-5 Nisan 2003, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Eskişehir, 2004. (Disiplin Hukukundan Kaynaklanan Sorunlar)

ASLAN, Zehreddin, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2001.

ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

ATAY, Cevdet, **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1999.

AVIALAN, Mustafa Barış, **Disiplin Karar Verme Süreci (DİKVES)**, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Basım Evi, Ankara, 2014.

BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş**, TODAİE, Ankara 1970.

BAŞA, Şafak/YILMAZ, Metin, **Maddi Ceza Hukuku İle Ceza Yargılama Hukuku İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanıp Uygulanmayacağı; Bu Konuda Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Yolları**, İçişleri Bakanlığı İnceleme - Araştırma Raporu, www.mulkiyeteftis.gov.tr.

BAŞAR, Hüseyin, “Kamu Görevlilerine Yönelik Soruşturmalar”, **Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1988, Sayı: 3.

BAYRAKTAR, Köksal, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 50, Sayı: 1-4, İstanbul, 1984.

BRÖCKLING, Ulrich, **Disiplin Askerî İtaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi**, Çeviren: Veysel ATAYMAN, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.

CEM, Cemil, “Disiplin ve Disiplin Hukuku”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5, 1969.

ÇAKMAK, Seyfullah, “İletişimin Denetlenmesi Koruma Tedbiri Çerçevesinde Elde Edilen Tesadüfî Delillerin Disiplin Soruşturmasında Kullanılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 49, Ağustos 2010. (İletişimin Denetlenmesi)

ÇAKMAK, Volkan, **Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2012.

ÇETİNKAYA, Tevfik/BİLGİN, İkrâm, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Disiplin Hükümleri ve Uygulanması**, T.C. Çevre ve Orman Bakanlığı Orman Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı, Ankara, 2011.

ÇINARLI, Serkan, “Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Soruşturması Sorunu ve Alman Disiplin Mahkemeleri Modeli Önerisi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 1, 2011.

ÇOLAK, Nusret İlker/ÖZDEMİR Dursun, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Memuriyete Etkisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: I, Yıl: 2, Sayı: 5. 2011.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Askerî Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, **Kara Harp Okulu Bilim Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2008.

DEĞİRMENCİ, Olgun/TANRIVERDİ, Battalgazi, **Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

DİLEK, Muzaffer, “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, **Türk İdare Dergisi**, Sayı: 423, Haziran 1999.

DİNÇ, Güney, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hak Arama Özgürlüğü ve Başvuru Yöntemleri**,

<http://www.guneydinc.net/upload/tmp/1339224340.pdf>.

DİNÇER, Yıldız, “Devlet Memurlarının Disiplin Hukuku”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, 1976.

DONAY, Süheyl, “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXXVII, Sayı: 1-4, 1972.

DÖNER, Ayhan, “Anayasanın 90. Maddesi Karşısında Uyarma Ve Kınama Cezalarını Yeniden Düşünmek”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007.

DÖNMEZER, Sulhi, **Genel Ceza Hukuku Dersleri**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

DÖNMEZER, Sulhi, “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998. (Suçsuzluk Karinesi)

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: I, 7. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1979.

DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

DURAN, Lütfi, “İdare Alanının Düzenlenmesine Teşrii ve Tanzimi Tasarrufların Sınırları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXX, Sayı: 3 – 4.

DÜNDAR, Erol, “Emniyet Teşkilatı Mensuplarına İlişkin Disiplin Cezaları ve Yargı Denetimi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 16, Sayı: 62 – 63.

ERDEM KARAHANOGULLARI, Özlem, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Yargı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 23-24, Yıl: 2001-2002.

EREM, Faruk, “Aleyhe Bozma Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 4, Yıl: 1967.

ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, Yıl: 9, İstanbul 1988.

ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Matbaası, Ankara, 1990.

ERYILMAZ, Ali, **Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil**, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013.

FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi/Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 48, Sayı: 1-4, 1999. (Suçsuzluk Karinesi)

FEYZİOĞLU, Metin, “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 1, 1993. (İşyeri Kapatma Cezası)

GELEGEN, Taner, “Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları”, **Danıştay Dergisi**, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, 1969.

GİRİTLİ, İsmet, “Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXX, Sayı: 1-2, 1964.

GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, DER Yayınları, İstanbul, 2012.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı: İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, Haziran 1963. (İdari Ceza Hukuku)

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, Haziran 1963. (İdari Ceza Müeyyideleri)

GÖRÜR, Hamit, **Adil Yargılanma ve İdari Yargıda Görünümü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2010.

- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt: II, Ekin Yayıncılık, Bursa, Ekim 2009.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayıncılık, Bursa, Ağustos 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Cilt: I-Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, 1998. (Hukuka Giriş)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **İdari Yargı**, TODAİE Yayını, Ankara, 1970.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÜL, Cengiz/BİRTEK, Fatih, “Hak Arama Özgürlüğü ve Türk Pozitif Hukukunda Yargı Yolu Kapalı İşlemler”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1-2, Cilt: II, Yıl: 2007.
- GÜNAL, Yılmaz, “Disiplin Cezaları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: XIII, Sayı: 2, 1958.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2010.
- GÜRAN, Sait, **Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Üzerine Yapısal Bir Deneme**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977.
- GÜRAN, Sait, “Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası Döneminde Personel Hukukuna Bakışı”, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1989. (Personel Hukuku)
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2003.
- GÜVEYİ, “Ümit, Memur Disiplin Hukukunda Mobbing”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVII, Sayı: 1-2, Yıl: 2013.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1-4, 1994.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2007.

IRMAK, Yücel, Kamu Görevlileri Hakkında Verilen Disiplin Cezalarında Yargı Denetimi Başlığında Sunulan Tebliği, **Türkiye Barolar Birliği İdari Yargı Paneli**, 11-12 Nisan 2003.

İŞIKLAR, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXIX, Sayı: 1-2.

İÇEL, Kayıhan, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 50, Sayı: 1-4, İstanbul, 1984.

İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı-Kamu ve Özel Hukuk Alalarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, Beta Basım, İstanbul, 2002.

İNCEOĞLU, Sibel, “Karşılaştırmalı Hukuk Yaklaşımıyla Yargıca Yönelik Disiplin Süreçlerinin Yargı Bağımsızlığına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 72, Yıl: 2007. (Yargı Bağımsızlığı)

İPEK, Ali İhsan, “İletişimin Denetlenmesi Yoluyla Elde Edilen Delillerin Disiplin Hukukuna Etkisi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 7, Yıl: 2, 2011.

İSBİR, Begüm, “TBMM İçtüzüğü’ne Göre Milletvekillerine Uygulanan Disiplin Cezaları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XII, Sayı: 1-2, 2008.

KANT, Immanuel, **Eğitim Üzerine**, Çeviren: Ahmet AYDOĞAN, SAY Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2013.

KAPLAN, Gürsel, “Özel Kanunlarda Yer Alan Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Gidilebilir Mi?”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul, 2004. (Yargı Yolu)

KAPLAN, Gürsel, “Uyarma ve Kınama Cezalarına Karşı Yargı Yoluna Başvurmayı Engelleyen Düzenlemelerin Hukuk Devleti Prensibi Açısından Değerlendirilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VII, Sayı: 3–4, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, 2003. (Hukuk Devleti)

KARABULUT, Mustafa, **İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Ankara, 2006.

KARAHANOGULLARI, Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt: 8, Sayı: 3, Temmuz 1999. (Memur Disiplin Hukuku)

KARAHANOGULLARI, Onur, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2004. (Kamu Hizmeti)

KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012. (İdarenin Hukukla Kavranması)

KARAVELİOĞLU, Celal, **Açıklamalı ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara, 2006.

KAYA, Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Ankara, 2005. (İcrai Olmayan İdari İşlemler)

KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 38, Sayı: 2, Haziran 2005. (Memur Disiplin Suç ve Cezaları)

KAYA, Cemil, “İngiliz İdare Hukukunda Gerekçe Belirtme Yükümlülüğü İlkesi”, **Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, Mayıs 2005. (Gerekçe Belirtme Yükümlülüğü)

KAYAR, Nihat, **İdari Yargı Kuruluş ve İşleyiş**, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2013.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara, 2012.

KOÇER, Kenan, “Telekomünikasyon Aracılığıyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme ya da Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Suretiyle Elde Edilen Sesli veya Görüntülü Verilerin Disiplin Soruşturmasındaki Kıymeti”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Seçkin Yayınevi, Yıl: 4, Sayı: 10, Ağustos 2009.

KÖSE, Muharrem, **Türk Silahlı Kuvvetlerinde Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2009.

KULAK, Serdar Coşkun, “İdari İşlemde Gerekçe”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 80, Sayı: 6, Yıl: 2006.

KULAK, Sercan Coşkun, “Anayasa m. 90/5 ve AİHS m. 6/1 Karşısında Uyarma-Kınama Cezaları ve Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 65, Yıl: 2006. (Yargısal Denetim).

KUNTER, Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul, 1989.

LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, **Memur Disiplin Hukuku**, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, 2. Bası, Ankara, 2003.

MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995.

OĞURLU, Yücel, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001. (Yargısal Korunma)

OĞURLU, Yücel, “Ceza Mahkemesi Kararlarının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 2, 2003. (Ne Bis İn İdem)

OĞURLU, Yücel, **Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002. (Ölçülülük İlkesi)

OĞURLU, Yücel, “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrılığı”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: III, Sayı: 1, 1999. (İdari Yaptırımlar)

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt II, İstanbul, 1960.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt I, İstanbul, 1966.

ÖDEN, Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 43, Sayı: 1-4, 1993.

ÖMEROĞLU, M. Nihat, **Hukuka Aykırı Delil ve Disiplin Soruşturması**, <http://www.haberturk.com/gundem/haber/596750-hukuka-aykiri-delil-ve-disiplin-sorusturmasi>.

ÖRÜCÜ, Esin, “Disiplin Cezaları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: XXXII, Sayı: 2-4, 1966.

ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara, 2009.

ÖZTUNÇ, Özgün, **Ceza Muhakemesi Açısından Yasak Deliller ve Disiplin Soruşturması Açısından Yasak Deliller İle Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi** Sorunu, http://www.ozgunlaw.com/articles/makale22072011_drozgunoztunc.pdf.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Ankara 1977.

PINAR, İbrahim, **Disiplin Suç ve Cezaları ve Sicil Hukuku**, Ankara, Kasım 2008.

PINAR, İbrahim, **Memur Suçlarında Soruşturma Usulü**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997. (Soruşturma Usulü).

REİSOĞLU, Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

SAĞLAM, Mehmet, **Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003, (Disiplin Suç ve Cezaları).

SAĞLAM, Mehmet, “Personel Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler Ve Anayasa Mahkemesi’nin Uygulaması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 35, Sayı: 109, 2005. (Personel Hukuku)

SAĞLAM, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, Cilt: 19, Yıl: 2002. (Anayasa Değişiklikleri)

SARICA, Ragıp, “İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan”, **Ebül’ula Mardin’e Armağan**, Kenan Matbaası, 1944.

SANCAKDAR, Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001. (Devlet Memuriyetinden Çıkarma)

SANCAKDAR, Oğuz, **İdare Hukuku (Teorik Çalışma Kitabı)**, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ekim 2012. (İdare Hukuku)

ŞANLI, Yeliz, “Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 70, Yıl: 2007.

ŞEN, Ersan, **Ne Bis İn İdem Prensibi**, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/ne-bis-in-idem-prensibi,7328>.

ŞEN, Ersan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku, Ceza Özel Hukuku, Ceza Yargılaması Hukuku, Ceza İnfaz Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998. (Ceza Hukuku)

TAN, Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

TANDOĞAN, Sabri, Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler-I**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1976.

TAŞKIN, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

TEZCAN, Durmuş, “Adil Yargılanma Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Açısından Büyük Dairenin Pellegrin ve Eskelinen ve Diğerleri Kararları Işığında”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 1, Aralık 2009.

TOPUZKANAMIŞ, Engin, **Hukuk ve Disiplin: Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2013.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Kasım 2006, (2006).

TUTUM, Cahit, **Türkiye’de Memur Güvenliği**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

ULUSOY, Ali, **İdari Yaptırımlar**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2013.

UZ, Abdullah, “Disiplin Hukukunda Tekerrür ve Tekerrüre Bağlanan Hukuki Sonuçlar Üzerine Farklı Bir Yaklaşım”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 1, 2013.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 58, Ankara, 2005.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2010.

YEŞİL, İsmail, “Anayasal İlkeler Çerçevesinde Disiplin Cezaları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı: 52, Yıl: 5, Aralık 2010.

YILDIRIM, Ramazan, “Türk Askeri Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 14, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=31. (Çalışma internet çıktısı üzerinden numaralandırılmıştır.) (Türk Askeri Disiplin Hukuku)

YILDIRIM, Ramazan, “Disiplin Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunma Yöntemleri”, **Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Dergisi**, 9 (36), Temmuz-Ağustos-Eylül 2003, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/idare_hukuku/doc_dr_ramazan_yildirim.htm, (Makale internet çıktısı üzerinden numaralandırılmıştır.) (Disiplin Hukuku).

YILMAZ, Zülfiye, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Karar İncelemesi - Özpınar-Türkiye Kararı”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 3, 2013.

YILMAZ, Yunus, “İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 21, http://www.msb.gov.tr/ayim/Ayim_makale_detay.asp?IDNO=72.

YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 24, Sayı: 88, 1994.

ZANOBİNİ, Guido, **İdari Müeyyideler**, Çeviren: Yılmaz GÜNAL, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara, 1964.

ÖZET

Ceza hukuku toplum düzeninin bozulmasını önlemede etkin iken, kamu hizmeti gören kurumlarının iç düzenini korumada yetersiz kalabilmektedir. Kamu hizmetinin sürekli ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi için kurum içi düzeni koruyan yaptırımlara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu nedenle idari makamlara, kamu görevlisinin kurum içi düzenini bozan fiillerine karşı hızlı bir şekilde ve caydırıcı nitelikte yaptırımlar uygulayabilme yetkisi tanınmıştır. İdari işlem niteliğinde olan disiplin yaptırımı kararları, yargısal benzeri usuller kullanılarak tesis edilmektedir.

Bir toplum için ordunun disiplininin korunması, diğer kurumların disiplininin korunmasına göre çok daha fazla önem taşımaktadır. Bu nedenle Silahlı Kuvvetler mensuplarına caydırıcı ve cezalandırıcı mahiyette ve asker kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde daha fazla sınırlandırıcı etki gösterecek yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ancak askerlik hizmetinin gerekleri ile asker kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında bir denge kurulmalı, biri diğerine ölçüsüz bir şekilde üstün tutulmamalıdır. Bunun yanında ceza hukukunun güvence fonksiyonu, niteliği uygun düştüğü ölçüde cezai mahiyette yaptırımların uygulanabildiği askeri disiplin hukukunda da uygulanmalıdır. Asker kişiler temel nitelikteki ceza hukuku ilkeleriyle de korunabilmelidir.

Bu bakımdan Türk Silahlı Kuvvetlerinde asker kişilere uygulanan yaptırımların hukuki rejiminin ortaya konulması ve cezai mahiyetteki bu yaptırımlara karşı asker kişiyi koruyacak mekanizmalar üzerinde durulması gerekmektedir. Dolayısıyla çalışmamızın birinci bölümünde disiplin yaptırımları “idari işlem” boyutuyla, idare hukuku ilke ve kurallarıyla ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, askeri disiplin hukukunun gerekleri göz ardı edilmeden asker kişileri cezai mahiyetteki yaptırımlara karşı koruyacak hukuki mekanizmalar üzerinde durulacaktır.

ABSTRACT

Although criminal law may be sufficient to prevent disorder in society, it is sometimes insufficient to protect internal order in public institutions. To operate public service continuously and efficiently, it is crucial to apply specific disciplinary sanctions, which provide order in public institutions. Hence, administrative authorities possess the power to expeditiously impose deterrent penalties for violations by public officials. Disciplinary penalties, which possess the legal status of administrative actions, are rendered under quasi-judicial procedures.

Maintaining discipline in the armed forces is more crucial than doing the same in other public institutions within a nation. Thus, military personnel are subject to stricter and more punitive disciplinary sanctions, which sometimes interfere with the fundamental rights and freedoms of military personnel more so than other public officials. But the necessities of military service and fundamental rights and freedoms of a service member must be balanced; the former must not excessively impose upon the latter or vice versa. Additionally, criminal law principles of legality must be applied to disciplinary penalties that have the character of punitive sanction.

Therefore, the analysis has to be concentrated on the legal status of disciplinary sanctions imposed on military personnel in the Turkish Armed Forces, and judicial remedies for these sanctions must to be explained. The first part of this study addresses disciplinary sanctions as relates to administrative actions, rules and principles. In the second part of the study judicial remedies, which help to protect military persons against these punitive disciplinary penalties, are explained without prejudice to necessities of the system of military discipline law.